

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Constitucional**



**TESIS DOCTORAL**

## **Los límites a los derechos fundamentales**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Joaquín Brage Camazano**

**Madrid, 2015**

Rd. 175.300



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5317380350

TE  
1625

Departamento de Derecho Constitucional  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid

## LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**Autor: Joaquín Brage Camazano**

**Tesis doctoral dirigida por  
el prof. Dr. Francisco Fernández Segado**



**MADRID  
2001**

189633631

**Tesis doctoral que presenta el Licenciado en Derecho don Joaquín Brage Camazano como trabajo de investigación para su lectura y defensa pública a efectos de la obtención del título de Doctor.**

# ÍNDICE GENERAL



## INTRODUCCIÓN

I.- Los límites como laguna en la dogmática española sobre los derechos fundamentales. Justificación de la presente investigación y delimitación de la misma .....	1
II.- Consideraciones metodológicas .....	4

## CAPÍTULO PRIMERO TEORÍA GENERAL DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I.- La falacia de los derechos fundamentales como derechos absolutos	
1.- La relatividad de los derechos fundamentales .....	9
2.- Las pretendidas excepciones: ¿existe algún derecho absoluto? ..	15
II.- Conformación, limitación y concretización de los derechos fundamentales .....	43
1.- La conformación o configuración de los derechos fundamentales .....	43
2.- La ejecución de los derechos fundamentales como tarea conjunta de conformación y limitación de los mismos. Tipología de ejecución o concretización .....	47
3.- La distinción entre limitación y configuración de los derechos fundamentales .....	50
III.- Concepto, clasificación y examen escalonado de los límites a los derechos fundamentales .....	54
1.- Concepto y terminología .....	54
2.- Las clasificaciones de los límites a los derechos fundamentales .	61
A) Límites constitucionales directos e indirectos .....	62
B) Límites inmanentes <i>stricto sensu</i> y límites externos (explícitos e implícitos o inmanentes <i>lato sensu</i> ) .....	64
C) Límites de la garantía y límites de reserva .....	69
D) Límites de reserva materiales, formales, de leyes generales y no expresos .....	72
E) Límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho.....	73
3.- Método de examen escalonado.....	74
4.- Especial referencia al "tipo" o ámbito normativo de los derechos fundamentales. Concepciones amplias y estrechas .....	76
A) El ámbito normativo, o "tipo", de los derechos fundamentales .	76
B) Concepciones amplias y estrechas del ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales .....	79



## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL**

I.- Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo .....	89
1.- Consideraciones previas .....	89
2.- El constitucionalismo inglés como prehistoria de los derechos fundamentales .....	91
3.- Las Declaraciones americanas de derechos como comienzo de la historia de los derechos fundamentales .....	93
4.- Los límites a los derechos fundamentales en las primeras Declaraciones americanas de derechos .....	95
A) Introducción .....	95
B) Las limitaciones a los derechos fundamentales en las Declaraciones americanas de derechos .....	97
5.- Los límites a los derechos fundamentales en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 .....	106
A) Las limitaciones genéricas o globales a los derechos reconocidos .....	109
B) El principio general de libertad .....	115
C) Limitaciones específicas para ciertos derechos .....	116
D) Declaración francesa y Declaraciones americanas: comparación en lo que a las limitaciones a los derechos reconocidos se refiere .....	121
II.- Los límites a los derechos fundamentales en el constitucionalismo histórico español .....	123
1.- La Constitución de Cádiz de 1812 .....	124
2.- Las Constituciones de 1837 y 1845 .....	126
3.- La Constitución de 1869 .....	129
4.- La Constitución de 1876 .....	132
5.- La Constitución de 1931 .....	135

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO**

INTRODUCCIÓN .....	139
SECCIÓN PRIMERA: LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL .....	141
I.- Técnicas normativas de limitación .....	141
II.- Coordinación de los ordenamientos internacional e interno en cuanto a las limitaciones a los derechos fundamentales .....	144

III.- Los límites a los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	147
1.- La regulación positiva de los límites a los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	147
2.- Los límites a los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	150
A) Reglas generales interpretativas de los límites a los derechos .....	151
B) El examen de la legitimidad de las intervenciones en los derechos fundamentales .....	154
C) Los límites implícitos y los límites inherentes .....	162
D) Limitaciones "previstas en la ley" .....	168
A') La ley como norma interna válida .....	169
B') Derecho consuetudinario y jurisprudencia .....	171
C') Exigencias de accesibilidad y previsión .....	172
D') Los límites derivados de la cláusula general de policía .....	177
E') Privaciones de la propiedad previstas por la ley "y los principios generales del Derecho internacional" .....	179
E) Finalidades legítimas .....	180
A') Generalidades .....	180
B') Las finalidades legítimas en particular .....	182
a.- La protección de la moral .....	182
b.- Defensa del orden y prevención del delito .....	184
c.- Seguridad nacional.....	188
d.- Seguridad pública .....	189
e.- Bienestar económico del país .....	190
f.- La protección de la salud .....	190
g.- La protección de los derechos y libertades de los demás.....	191
h.- La integridad territorial .....	192
i.- Impedir la divulgación de informaciones confidenciales .....	192
j.- Garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder judicial .....	192
k.- La utilidad pública y el interés general como límites del derecho de propiedad .....	193
F) Limitaciones "necesarias en una sociedad democrática" .....	197
A') El concepto de necesidad .....	197
B') El margen nacional de apreciación o discrecionalidad .....	199
a.- Concepto .....	199
b.- Ámbito de aplicación y criterios para determinar su alcance .....	202
a'.- Ámbito de aplicación de la doctrina .....	202
b'.- Criterios para determinar su alcance .....	204
C') La proporcionalidad de la medida interventora en el derecho fundamental .....	213
a.- Origen y ámbito aplicativo .....	213
b.- Contenido .....	219

<b>SECCIÓN SEGUNDA: LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO .....</b>	<b>222</b>
I.- Los derechos fundamentales en el Derecho comunitario .....	222
1.- Regulación normativa expresa en los Tratados constitutivos .....	222
2.- Reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales .....	225
A) Evolución de la jurisprudencia .....	225
B) Fuentes de la jurisprudencia .....	230
C) Derechos fundamentales reconocidos .....	232
3.- Catálogo comunitario de derechos fundamentales sin fuerza jurídica vinculante .....	236
4.- Los tratados de Maastricht y Amsterdam: Legalización de la doctrina jurisprudencial .....	237
A) Tratado de la Unión Europea (1992) .....	237
B) Tratado de Amsterdam (1997) .....	240
C) Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea .....	242
5.- Proyectos de Constitución Europea .....	243
II.- El método de examen de los límites a los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo .....	244
III.- Ámbito normativo de los derechos fundamentales .....	248
IV.- La intervención en los derechos fundamentales .....	250
V.- La justificación de las intervenciones en los derechos fundamentales .....	254
1.- En general .....	254
2.- La justificación de las intervenciones en los derechos fundamentales .....	255
A) La reserva de ley .....	255
B) Finalidad legítima de la restricción .....	257
C) El principio de proporcionalidad .....	262
D) El nivel de protección y de las limitaciones en el ámbito comunitario .....	266
A') Posibilidades teóricas más importantes .....	266
B') El nivel de protección efectivo en la jurisprudencia comunitaria .....	269
E) El respeto al contenido esencial .....	275
F) La densidad del control judicial .....	276
VI.- La inserción de España en el Consejo de Europa y la Unión Europea. Problemas en torno a la coordinación de los límites a los derechos fundamentales en las esferas nacional, comunitaria y del CEDH .....	277



## **CAPÍTULO CUARTO**

### **LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN**

I.- La posibilidad lógica de la restricción de derechos fundamentales en la doctrina y la jurisprudencia alemanas .....	283
II.- Concepto de límites a los derechos fundamentales .....	285
III.- La nivelación escalonada del examen de los derechos fundamentales .....	287
1.- La técnica de la nivelación de examen y sus variantes .....	287
2.- Supuestos dudosos del ámbito aplicativo de la técnica de nivelación .....	291
3.- La técnica de nivelación como técnica de aplicación escalonada .....	293
IV.- El supuesto de hecho, tipo o ámbito normativo de los derechos fundamentales .....	294
1.- Concepto .....	294
2.- Concepciones sobre el tipo iusfundamental .....	294
V.- La intervención en los derechos fundamentales .....	296
1.- Concepto clásico .....	296
2.- La ampliación del concepto .....	298
A) Rechazo del concepto clásico y sentido de la ampliación .....	298
B) Problemas que se derivan de la ampliación .....	301
VI.- Fuentes jurídicas de los límites a los derechos fundamentales ...	305
1.- ¿Limitaciones por normas de rango superior a la Constitución? En especial, el Derecho comunitario .....	305
2.- La interdicción de limitaciones por norma de rango inferior a la Ley .....	310
3.- Limitaciones por medio de normas o principios constitucionales .....	311
A) Límites constitucionales directos .....	313
A') Límites inmanentes en sentido estricto .....	313
a.- Teorías externa e interna de los derechos subjetivos, en especial fundamentales .....	313
b.- Variedad de concepciones .....	315
c.- Posiciones favorables en la doctrina y la jurisprudencia .....	317
d.- Posiciones contrarias en la doctrina y la jurisprudencia .....	

dencia .....	328
B') Límites explícitos .....	336
a.- Regulación constitucional .....	336
b.- Régimen jurídico general .....	338
C') Límites inmanentes lato sensu (implícitos) .....	340
a.- Aplicabilidad .....	340
b.- Naturaleza de estos límites .....	341
c.- Fuentes de estos límites .....	342
a'.- Diversas interpretaciones doctrinales .....	343
b'.- La tesis del TCFA y la doctrina mayoritaria ....	352
α) TCFA y doctrina mayoritaria .....	352
β) Posiciones críticas en la jurisprudencia y votos particulares .....	355
B) Límites constitucionales indirectos: Limitaciones "por ley" y "con base en la ley" .....	360
C) Límites en casos especiales .....	362
A') La colisión de derechos fundamentales .....	362
a.- Concepto .....	362
b.- Nivelación funcional de competencias .....	363
c.- Método de resolución en la jurisprudencia .....	365
B') La concurrencia de derechos fundamentales .....	368
C') Restricción de los derechos fundamentales en esta- do de necesidad .....	372
D') Relaciones de especial sujeción .....	373
a.- Concepto y sentido .....	373
b.- Función .....	
c.- Regulación constitucional .....	374
d.- Restricciones a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción .....	375
E') Abuso y desposeimiento de los derechos fundamen- tales. Renuncia .....	378
a.- Abuso de los derechos fundamentales contra el orden básico demo-liberal .....	378
b.- Desposeimiento de los derechos fundamentales .	379
c.- Renuncia a un derecho fundamental .....	380
VII.- Requisitos de las limitaciones a los derechos fundamentales .....	380
1.- Requisitos formales .....	380
A) Reserva de ley limitadora .....	380
A') La reserva de ley como técnica jurídico-constitucional para la restricción de los derechos fundamentales .....	380
a.- Modalidades, orígenes y sentido .....	380
b.- Cautelas frente al legislador y teoría de la esen- cialidad .....	382
c.- El ámbito de libre configuración legislativa para la restricción de derechos fundamentales .....	385
d.- Reserva de ley y posición jerárquica <i>prima facie</i> del derecho fundamental .....	387

B') Carácter excepcional de las reservas a favor de los Poderes ejecutivo y judicial o de los particulares .....	387
C') Reservas constitucionales de ley cualificada y de ley simple para la restricción de los derechos .....	390
B) Prohibición de leyes limitadoras singulares .....	392
C) Mandato de cita por la ley limitadora .....	396
2.- Requisitos materiales .....	399
A) Principio de proporcionalidad .....	399
A') Concepto, origen y función, contenido, ámbito de aplicación y densidad de control .....	399
a.- Concepto .....	399
b.- Origen y función .....	400
c.- Contenido .....	401
d.- Ámbito de aplicación y densidad de control .....	402
B') Los tres subprincipios de proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta .....	404
C') En especial, el mandato de ponderación como contenido del subprincipio de proporcionalidad <i>stricto sensu</i> .....	410
a.- Concepto .....	410
b.- Parámetro y método de enjuiciamiento .....	413
B) Contenido esencial .....	423
A') Origen y significación .....	423
B') Concepciones generales en la doctrina y posición del TCFA .....	424

## CAPÍTULO QUINTO

### LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

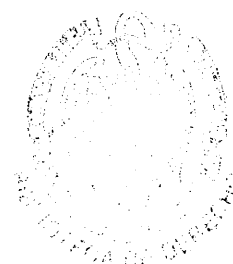
I.- ¿Cuáles son los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional? Delimitación a los efectos de este trabajo .....	434
II.- Ámbito normativo o "tipo" iusfundamental y sus pretendidos límites inmanentes, intrínsecos o internos .....	440
1.- Función del tipo o ámbito normativo en el examen escalonado de los límites a los derechos fundamentales .....	440
2.- La relevancia de las concepciones amplias y estrechas del tipo o ámbito normativo del derecho fundamental .....	445
A.- Concepciones amplias y estrechas .....	445
B.- Concepciones estrechas y límites inmanentes o internos a los derechos fundamentales .....	450
A') Los límites inmanentes o internos a los derechos fundamentales .....	451
B') Concepción estrecha del ámbito normativo del derecho fundamental .....	466

III.- Intervención en los derechos fundamentales .....	473
1.- "Actuación u omisión" .....	474
2.- "(Actuación u omisión) de los poderes públicos españoles" ....	481
3.- (Actuación u omisión de los poderes públicos españoles) "a través de la que se produce un recorte en el ámbito normativo inicialmente protegido por un derecho fundamental (su tipo o contenido)" .....	489
IV.- Fuentes jurídicas de los límites a los derechos fundamentales ....	494
1.- ¿Existen límites generales a los derechos fundamentales? ....	495
2.- Límites explícitos .....	503
3.- Límites implícitos .....	512
V.- Requisitos constitucionales de toda limitación a los derechos fundamentales .....	516
1.- Reserva de ley .....	516
2.- Exclusividad jurisdiccional en el proceso penal y reserva jurisdiccional general .....	532
3.- Generalidad de las leyes restrictivas de derechos fundamentales .....	534
4.- Principio de proporcionalidad .....	538
A) Introducción .....	538
B) Fundamento constitucional y críticas al principio de proporcionalidad .....	543
C) La aplicación del principio de proporcionalidad a los distintos derechos fundamentales .....	552
D) Principio de proporcionalidad y otros principios análogos ....	553
E) El principio de proporcionalidad en la ley y en la aplicación de la ley .....	560
A') Proporcionalidad frente al legislador .....	560
B') Proporcionalidad frente a los órganos aplicadores del Derecho (Administración y Poder judicial) .....	565
F) La técnica de aplicación del principio de proporcionalidad: el deber de hacer un examen de proporcionalidad y de exteriorizarlo; aplicación escalonada; subprincipios de idoneidad, intervención mínima y ponderabilidad .....	570
A') La técnica de aplicación explícita del principio de proporcionalidad .....	570
B') La técnica de aplicación escalonada del principio de proporcionalidad .....	573
C') Finalidad constitucional de la medida como presupuesto de la aplicación del principio .....	576
D') Subprincipio de idoneidad .....	584
E') Subprincipio de necesidad, imprescindibilidad o intervención mínima .....	588
F') Subprincipio de ponderabilidad, proporcionalidad estricta o prohibición de exceso .....	592
a.- Concepto y ámbito de aplicación .....	592

b.- Carácter casuístico de toda ponderación, como aplicación del principio de proporcionalidad estricta .....	594
c.- Fases de la ponderación (juicio de proporcionalidad estricta) .....	595
G) La densidad de control a través del principio de proporcionalidad .....	600
A') Medidas legislativas .....	600
B') Medidas judiciales o administrativas .....	608
H) Principio de proporcionalidad, prognosis y tiempo .....	610
5.- Contenido esencial .....	610
A.- El punto de partida: la jurisprudencia inicial del TC .....	610
B.- Posiciones en la doctrina .....	612
C.- Posición propia y jurisprudencia constitucional más reciente .....	615
VI.- Supuestos específicos o especiales de limitación a los derechos fundamentales .....	630
1.- La concurrencia de derechos fundamentales .....	630
2.- La colisión o conflicto de derechos fundamentales .....	633
A.- Eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales y conflictos entre ellos .....	633
B.- La colisión de derechos fundamentales y su solución .....	637
3.- La suspensión de derechos fundamentales .....	655
4.- Las relaciones de especial sujeción .....	660
A.- Concepto aproximativo .....	660
B.- Admisibilidad de la categoría: justificación .....	661
C.- Ámbito subjetivo de aplicación y justificación constitucional <i>ad casum</i> .....	669
D.- El ámbito o alcance objetivo de las relaciones de sujeción especial .....	674
A') Reserva de ley en materia de derechos fundamentales y relaciones de sujeción especial .....	676
B') Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial .....	679
VII.- Estado autonómico y límites a los derechos fundamentales .....	684
1.- Estado autonómico y condiciones básicas de igualdad e iguales derechos de todos los ciudadanos en todo el Estado con relación a los derechos fundamentales .....	684
2.- Reserva de ley y Estado autonómico .....	690

**CONCLUSIONES ..... 703**

**BIBLIOGRAFÍA ..... 723**





## INTRODUCCIÓN

### I.- LOS LÍMITES COMO LAGUNA EN LA DOGMÁTICA ESPAÑOLA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. JUSTIFICACIÓN DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA MISMA

El objeto de la investigación que nos ocupará a lo largo de todas estas páginas es un tema que, amén de complejo, no ha sido tratado hasta ahora con la profundidad y el rigor necesarios. Es cierto que no puede decirse, al menos formalmente, que estemos ante una laguna dogmática de nuestro Derecho Constitucional, pero sí que sigue manteniendo, desde nuestro punto de vista, toda su vigencia la opinión de Peces-Barba en el sentido de que el tema de los límites a los derechos fundamentales "no tiene todavía, pese a su importancia, un desarrollo doctrinal suficiente. En algunos supuestos se han tratado aspectos desde el punto de vista de los límites cuando claramente no se trataba propiamente de asuntos situados en ese ámbito, y en otros supuestos se han dejado de tratar, pretendiendo una aproximación completa, aspectos sustanciales del mismo. Por exceso y por defecto, los límites de los derechos no están correctamente presentes en la cultura jurídica, con excepciones"<sup>1</sup>, situación ésta que, añadiríamos

---

<sup>1</sup> Esas excepciones a la sequía dogmática del tema de los límites a los derechos fundamentales serían los trabajos pioneros de Ignacio de Otto, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en su libro escrito en colaboración con Lorenzo Martín Retortillo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 95 ss; Luis Aguiar de Luque, "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 14, enero-abril, 1993, pp. 9 ss; Francisco Fernández Segado, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional" (VIII. Los límites de los derechos fundamentales), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, septiembre-diciembre 1993, pp. 235 ss; y, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, Rafael De Asís Roig, "Sobre los límites de los derechos", *Derechos y libertades*, nº 3, 1994, pp. 111 ss; Giancarlo Rolla, "I diritti fondamentali in Spagna" (apartado 5: "I diritti fondamentali come diritti non illimitati"), *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, 1990, pp. 136 ss. En los últimos años, sin embargo, se han publicado, aparte del trabajo de Gregorio Peces-Barba Martínez ("Los límites de los derechos fundamentales", que constituyen el capítulo XXI de su libro *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 587 ss) varias monografías sobre el tema. Tres de ellas son, en lo sustancial, estudios puramente expositivos de la jurisprudencia constitucional española, lo que las hace útiles sin duda, pero carecen de todo empeño dogmático o

por nuestra parte, contrasta vivamente con la existente en la doctrina alemana, en la que, si bien el tratamiento del tema no es todavía suficiente o al menos completo, se cuenta al menos con investigaciones muy diversas, y de gran rigor y profundidad, sobre el problema en general de los límites a los derechos fundamentales<sup>2</sup>. Existe, por tanto, entre nosotros, un déficit dogmático en el tratamiento dogmático del tema de los límites a los derechos fundamentales.

Para comprender la complejidad de cualquier intento de construcción de una dogmática de los límites a los derechos fundamentales que vaya más allá de una mera exposición casuística y recopilación de jurisprudencia constitucional basta con hacernos eco de la opinión expresada, justamente en Alemania, por el autor de un monumental Tratado de Derecho Constitucional en ocho volúmenes, uno

alcance teorizador: Juan Andrés Muñoz Arnau, *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998 (respetamos el uso de las mayúsculas en el título original), Ana Aba Catoira, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 (libro que, pese a la omisión del título, se refiere exclusivamente a los límites a los derechos *fundamentales*) y, de la misma autora, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Tecnos, Madrid, 2001. Un tratamiento original del tema se encuentra en un cuarto libro, igualmente próximo en el tiempo, el de Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, cuyo estudio viene referido en gran medida a la limitación a los derechos fundamentales. Especialmente interesantes y rigurosos son, por un lado, el libro de Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996 y la monografía, centrada en un aspecto muy particular y complejo de la limitación de los derechos fundamentales, de Rafael Naranjo de la Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, y, por otro lado, el trabajo de Luis Prieto Sanchís, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III, año V, enero-junio 2000, núm. 8, pp. 429 ss.

2 Bastará con echar un vistazo a la bibliografía que acompaña a este trabajo para constatar cómo es bien abundante la literatura específica sobre este tema en alemán. De toda ella, cabe destacar los tempranos trabajos de Peter Lerche, "Grundrechtsbegrenzungen 'durch Gesetz' im Wandel des Verfassungsbildes", *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1958; Herbert Krüger, "Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz", *DVBl*, 1950, 625 ss; Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, Walter de Gruyter, Berlin, 1968; el exhaustivo estudio de Michael Sachs y Klaus Stern en el 2º volumen del tomo III del enciclopédico tratado del segundo de los autores citados (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, München, 1994), en el que dedican más de 800 páginas, nada menos, al tema (pp. 76-886), constituyendo por ello, como se comprenderá fácilmente, una referencia absolutamente básica y, desde luego, el estudio más extenso, y uno de los más completos, existente en la doctrina alemana. Justamente la colaboración de Sachs en este volumen del Tratado se refiere a prácticamente todos los capítulos referidos a los límites a los derechos fundamentales. Cabe, no obstante, destacar también, por su gran impacto doctrinal y carácter polémico, el libro de Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, centrado, pese al título, en las limitaciones a los derechos fundamentales.

de los cuales dedica prácticamente la mitad de sus casi dos millares de páginas al tema: "la fijación de límites de los derechos fundamentales figura entre las partes más difíciles y más discutidas del sistema jurídico de los derechos fundamentales"<sup>3</sup>. También entre nosotros se ha hecho eco Cruz Villalón de esta extraordinaria complejidad, cuando ha señalado que la expresión "Derechos Fundamentales y Legislación" "apunta a una contraposición. Pero una contraposición que casi cabría clasificar como 'la Contraposición', con mayúscula, pues ¿qué otra cosa es el Estado constitucional sino la suma y la tensión entre el Legislador democrático y los derechos de la persona, la soberanía popular limitada por los derechos?"<sup>4</sup>. En Portugal, en fin, autorizada doctrina ha podido igualmente subrayar que "la problemática de la limitación de los derechos es una de las más importantes y complejas del Derecho Constitucional"<sup>5</sup>.

Dada esta dificultad intrínseca de la materia y el déficit dogmático antes referido, se hace necesario dejar claro desde este momento que la investigación en que se basa este trabajo no ha pretendido, en absoluto, colmar una cierta laguna doctrinal que existe en nuestro país sobre este tema, ni podría ser ésa, sensatamente, su pretensión. Pero sí esperamos que pueda contribuir a dar a conocer el *status quaestionis* no sólo en nuestro Derecho, sino también en el contexto internacional y comparado en que se inserta e incluso aportar, siquiera para su discusión ulterior, ciertas soluciones a los problemas, incoherencias, lagunas o disfuncionalidades que puedan detectarse en nuestro propio sistema: ser, al menos, un punto de apoyo para la construcción de una dogmática española de los derechos fundamentales y, en concreto, del capítulo referido a sus límites. Objetivo éste que, contra lo que en principio pudiera parecer, no deja de ser ya de por sí bastante ambicioso si se tiene presente, junto al dato del escaso tratamiento doctrinal de la cuestión hasta el momento y la inexistencia, más en general, de una dogmática mínimamente desarrollada de los derechos fundamentales, otra circunstancia no menos relevante que es la de que también nuestra jurisprudencia constitucional no resulta lo sistemática que cabría *teóricamente* esperar ni aplica una metodología de examen clara y estricta, como tampoco lo hace, por lo demás, el TJCE. El tratamiento histórico-jurídico de los derechos fundamentales desde la perspectiva de sus límites creemos que es también bastante novedoso, tanto en España<sup>6</sup>.

---

3 La afirmación citada puede verse en Klaus Stern, "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", RCEC, núm. 1, septiembre-diciembre 1988, p. 272. El volumen de su manual (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, München) es en concreto el volumen 2º del tomo III (*Allgemeine lehren der Grundrechte*, 1994), realizado con la colaboración de Michael Sachs.

4 Pedro Cruz Villalón, "El legislador de los derechos fundamentales", en Antonio López Pina (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas/Universidad Complutense, Madrid, 1991, p. 125.

5 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 476.

6 Juan Andrés Muñoz Arnau (*Los Límites de los Derechos...*, cit.) aborda el tema muy superficialmente (pp. 37-39), aunque con acierto. Ana Aba Catoira (*La limitación de los*

como en Alemania u otros países, hasta donde conocemos, pero nos pareció que resulta siempre necesario ser consciente de la dimensión histórica de las cuestiones constitucionales, pues esa dimensión proporciona frecuentemente algunas claves par una interpretación apropiada de las normas constitucionales.

## II.- CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

Por lo que a la metodología se refiere, es preciso señalar, en primer lugar, que nuestro enfoque será el mismo que utilizó Bettermann en un trabajo escrito hace más de tres décadas, hoy clásico, sobre los límites a los derechos fundamentales y por ello suscribimos en su integridad sus palabras introductorias: "Disertar sobre los límites de los derechos fundamentales supone hablar de los límites de la libertad, porque los clásicos derechos fundamentales son derechos de libertad [...] Cuando yo, sin embargo, he seleccionado, en lugar de la atractiva fórmula de 'límites de la libertad', la más sencilla y jurídicamente sobria de los 'límites de los derechos fundamentales' [como título del trabajo], quiero con ello dejar claro desde el primer momento que no me muevo en las alturas de la Filosofía del Derecho y del Estado<sup>7</sup>, de la Teoría General del Estado, ni de la Ciencia política, sino en las llanuras del Derecho positivo constitucional. Hablo sólo como jurista y mi objetivo es sistemático y dogmático: quiero tratar de clasificar las limitaciones que el Derecho constitucional vigente traza a las libertades iusfundamentales o a algunas de ellas en particular" y reconducir toda esta compleja problemática a unos principios, tratando de este modo, como el propio Bettermann decía, no sólo de contribuir a una mejor comprensión jurídica y a una utilización apropiada de los preceptos constitucionales sobre esta materia, "sino también [de] ayudar, por una parte, a colmar lagunas en la determinación de los límites y, por otra, a reconducir a su justa medida las limitaciones"<sup>8</sup>.

---

*derechos...*, cit.) dedica las primeras quince páginas de su trabajo a la perspectiva histórica, pero nada dice en realidad sobre la historia de los límites a los derechos fundamentales, sino que se refiere, más bien, a la historia de los derechos fundamentales, sin aludir siquiera a la de sus límites, y así, por ejemplo, y sorprendentemente, al hablar de la Declaración Francesa ni siquiera se menciona, ni todavía menos se cita, un precepto como el artículo 4 de la Declaración Francesa, pese a su importancia capital.

7 Si es verdad, como dice Fiorivanti, que "de libertad, en singular, discuten por regla general los filósofos, sobre el plano ético y también sobre el más específicamente político, indagando sobre el lugar que la libertad ocupa en la construcción de un cierto orden colectivo políticamente significativo" y, en cambio, "de libertades, en plural, como derechos, discuten por su parte los juristas, indagando sobre el lugar que las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos ocupan dentro de un ordenamiento positivo concreto y, en particular, sobre las garantías efectivas que tal ordenamiento es capaz de ofrecer", nuestra perspectiva en el presente trabajo, con relación a las limitaciones a los derechos y libertades, será con toda claridad la segunda de las enunciadas. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta-Universidad Carlos III, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, 1996, p. 23.

8 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 1.

En segundo lugar, aun partiendo de la diferenciación entre Teoría de la Constitución y Teoría del Derecho Constitucional —entendida esta última como la Teoría surgida en torno a una Constitución concreta<sup>9</sup>— y de que acaso a lo más que hoy pueda aspirarse es efectivamente a construir una Teoría del Derecho Constitucional, hay que reconocer que cualquier Teoría del Derecho Constitucional contendrá casi inevitablemente aportaciones y elementos que trascienden del concreto Texto Básico en torno a la que aquélla en principio se constituye y, al mismo tiempo, y esto es lo que importa ahora destacar, se nutrirá de elementos procedentes del Derecho Constitucional comparado, como un modo de aprender (o, en su caso, escarmentar), valga la expresión, en "carne ajena". Y esta necesidad de atender a experiencias jurídicas foráneas se agudiza, a nuestro juicio, cuando se trata de abordar sectores de nuestro Derecho Constitucional muy próximos, material y a veces hasta formalmente, a las regulaciones existentes en otros países, tanto más cuando en nuestro Derecho apenas se han producido reflexiones al respecto y, por contraste, en otros ordenamientos el tratamiento, jurisprudencial y doctrinal, de la cuestión goza de un grado de madurez científica muy elevado. Concretando más todavía, puede afirmarse que, en el caso particular de la investigación sobre los límites a los derechos fundamentales, al día de hoy es imposible una construcción científica mínimamente rigurosa sin tener muy presentes las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia alemanas.

En tercer lugar, el análisis de Derecho Comparado ha de ser, en efecto, y ante todo, un análisis eminentemente funcional, que huya de la fácil tentación de una utilización retórica, o puramente ornamental, de los ejemplos que otros sistemas constitucionales nos ofrecen. Pretende con ello decirse que el examen de la temática a que venimos refiriéndonos en otros ordenamientos se hará siempre en función de España; el análisis comparado se hará siempre, en suma, con la finalidad de hallar posibles soluciones a la problemática que, al respecto, pueda plantearse en España. Este enfoque *funcional* se manifiesta no sólo en la elección, y selección, del modelo de Derecho Comparado a estudiar<sup>10</sup>, el alemán, sino,

---

9 Konrad Hesse, *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 3.

10 La elección del modelo alemán se explica, a nuestro juicio, por un triple orden de razones, por lo menos: a) por una parte, y con carácter general, es indiscutible que "el primer gran capítulo sobre el que proyecta su influencia la LFB [Ley Fundamental de Bonn] [en la Constitución española de 1978] es, sin duda, el de los derechos fundamentales" (Pedro Cruz Villalón, "La recepción de la Ley Fundamental de la R.F.A.", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 1, 1989, p. 72); b) por otra parte, y a modo de lógica consecuencia de lo anterior, "la dogmática alemana de los derechos fundamentales se encuentra característicamente presente en la doctrina del Tribunal Constitucional" español y en la propia doctrina científica (Ibid., p. 73); y c) en tercer lugar, debe señalarse sobre todo que, a diferencia de lo que ocurre en otros campos de la dogmática sobre derechos fundamentales, la teorización y construcción dogmática alemana sobre el tema de los límites a los derechos fundamentales no ha sido recepcionada apenas entre nosotros, ni siquiera en los escasos trabajos que existen ya sobre este tema. Ello constituye una grave lacra pues si, como bien dice Solozábal, resulta "muy difícil decir algo de mínimo interés y profundidad en la teoría constitucional

ante todo, en los principios de solución, aplicables al Derecho español, que tratarán de hallarse, evitando siempre, en cualquier caso, tanto la aplicación de soluciones foráneas que no encuentren encaje en nuestro propio sistema, como también la adopción mimética y acrítica, sin acomodación a nuestro ordenamiento constitucional y a los principios informadores que lo estructuran, de criterios extraños<sup>11</sup>.

---

que no se realice en diálogo, más o menos directo, con el Derecho Constitucional alemán", dicho "principio orientativo" se convierte "casi en axioma, en el caso de que la materia constitucional sea los derechos fundamentales" (Juan José Solozábal Echevarría, "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, nº 32, mayo-agosto, 1991, p. 79), tanto más —añadiríamos nosotros— si, como es el caso, nos referimos a un aspecto de los mismos que apenas ha sido abordado en la doctrina patria y, por el contrario, ha sido objeto de profundas reflexiones y elaboraciones en la doctrina alemana y presenta un grado de desarrollo también mayor en la jurisprudencia constitucional de dicho país. Valga precisar que el estudio del Derecho alemán sobre la cuestión tiene importancia no sólo a los efectos del análisis autónomo de dicho sistema extranjero en el capítulo de Derecho Comparado, ni tampoco sólo a los efectos de poder deducir de dicho sistema soluciones aplicables al nuestro propio, sino también a los efectos de llevar a cabo una construcción y una delimitación conceptual general, del tema objeto de la investigación. Con respecto a esto último, hay que señalar que, aunque dicha conceptualización —abordada en el capítulo primero— no podrá llevarse a cabo sólo a partir de la doctrina y el sistema alemán sino que, en la medida en que ello sea posible, habrán de tenerse en cuenta los diversos sistemas, lo que creo que no ofrece dudas es que la elaboradísima construcción de la dogmática alemana sobre este punto no sólo no puede ser válidamente ignorada, sino que ineludiblemente ha de constituirse en espina dorsal, no ya de cualquier Teoría de la Constitución, sino incluso, al día de hoy, y a falta de otros mejores puntos de apoyo, de una Teoría del Derecho Constitucional español sobre este tema.

11 Desde nuestro punto de vista, la utilización funcional del Derecho Comparado exige, por lo general, no tanto un estudio iuscomparatista autónomo como un análisis "difuso", esto es, con relación a cada uno de los aspectos del tema a tratar. Este enfoque lo hemos utilizado ya en otro trabajo de investigación (cfr. nuestra justificación de dicho enfoque en Joaquín Brage Camazano, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 1998, p. 260), pero no ha sido, en cambio, posible en este caso por un doble orden de motivos: a) De un lado, el sistema constitucional alemán en cuanto a las limitaciones a los derechos fundamentales no ha sido tratado en nuestra doctrina y no es, por ello, en general suficientemente conocido, por lo que era necesario el estudio autónomo a fin, en primer lugar, de poder adquirir como investigador un conocimiento global de tal sistema y, en segundo lugar, a fin también de que el lector español interesado en el tema dispusiese de una exposición conjunta en castellano, pues se carece en nuestra literatura jurídica hasta hoy de una exposición de estas características; b) En segundo lugar, por versar esta investigación sobre el tratamiento dogmático general de los límites a los derechos fundamentales, y no a un derecho fundamental concreto, por lo que un análisis "funcional" habría sido probablemente menos útil. No obstante, hemos de reconocer que un estudio iuscomparado funcional habría resultado más difícil y ello pesó también en nuestro ánimo. Y aunque dicho estudio funcional es, desde nuestro punto de vista, y pese a lo anterior, el enfoque iuscomparado ideal, el estudio autónomo que realizamos del Derecho Comparado presenta quizás, en contrapartida, la ventaja de que supone una exposición más o menos objetiva del sistema alemán que podrá ser utilizada por otros autores para la interpretación o crítica de nuestro propio sistema.

En cuarto y último lugar, se prestará una atención muy especial a la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales, así como a la del TEDH y el TJCE, sin que, por ello, a nuestro modo de ver, sea un enfoque propio de lo que De Vega ha designado como “positivismo jurisprudencial”<sup>12</sup> el utilizado en este trabajo, pues ni se asume tal jurisprudencia de manera acrítica, sino más bien todo lo contrario; ni se desconocen otros factores (políticos o históricos) de gran importancia para comprender la problemática abordada ni, en fin, se elude la posibilidad de formular algunas ideas propias de una Teoría de la Constitución, bien que modestamente concebida.

---

12 Sobre ello, véase su exposición en Pedro de Vega García, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 85 ss. Como este autor destaca, un rasgo propio del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial es el desarrollo de técnicas y mecanismos jurídicos encaminados a racionalizar y controlar el poder, como Mirkine-Guetzevich destacara, lo que, junto al valor normativo reconocido a las normas constitucionales dio lugar a un enfoque centrado en la doctrina jurisprudencial de la Constitución, con distorsión y abandono de las cuestiones capitales del Derecho Público. Sin perjuicio de la natural importancia que hemos dado en este trabajo a la doctrina jurisprudencial, creemos que nuestro análisis y metodología, por su pretensión de formulación de una teoría y por su recepción crítica de la jurisprudencia, no encaja en el denominado positivismo jurisprudencial, aunque igualmente hemos huido de cualesquiera formulaciones metajurídicas ajenas a una teoría practicable de los derechos fundamentales, que es una teoría surgida en torno a una Constitución concreta, por lo que es indispensable tener muy presente cómo ha sido interpretada esa norma por el TC, como su intérprete supremo, aunque sin por ello asumir su jurisprudencia acríticamente.





## CAPÍTULO PRIMERO

### TEORÍA GENERAL DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### I.- LA FALACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS ABSOLUTOS

##### 1.- La relatividad de los derechos fundamentales

Durante mucho tiempo se ha sostenido que los derechos fundamentales o humanos estaban tan íntimamente ligados a la naturaleza humana que entre sus características había de encontrarse necesariamente la de que eran derechos de carácter absoluto<sup>13</sup>. Y suele sostenerse que así, en efecto, los entendió la doctrina del siglo XVIII y se configuraron en los textos [por ejemplo: punto XII de la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* (1776)<sup>14</sup> y artículo 4 de la

---

13 La terminología de derechos "absolutos" en el sentido de derechos no sujetos a limitación posible parece ya consagrada en nuestra doctrina constitucional para negar que sean derechos absolutos los "derechos fundamentales", aunque presenta al menos dos inconvenientes: 1) Dado que de modo general se admite que todos los derechos, y también los fundamentales, están sujetos a limitación, resulta que esa calificación no establece en realidad ningún distingo entre los derechos fundamentales y los "no-fundamentales" pues ni unos ni, en general, los otros son "absolutos"; 2) Puede dar lugar a cierta confusión, pues la formación civilista general de cualquier jurista lleva en principio a identificar como derechos "absolutos", no a los derechos "ilimitables", sino más bien a los derechos oponibles "erga omnes", frente a todos, y que confieren un poder inmediato y directo sobre el bien de que se trate, que son los que la doctrina civilista tradicional ha venido considerando desde siempre como derechos absolutos para contraponer los derechos reales a los personales. Es frecuente, en este sentido, que nuestra doctrina civilista afirme que los derechos de la personalidad (a la vida, a la intimidad, etc) son derechos absolutos. También en la doctrina constitucional, Pace, en Italia, afirma que "la única clasificación conceptualmente admisible de los derechos constitucionales es, al día de hoy, la que tiene en consideración la estructura de los mismos y que, sobre la base de su heterogeneidad estructural, logra explicar, al menos en líneas generales, el distinto tratamiento material y procesal reservado a cada uno de los derechos", esto es, la clasificación entre derechos "absolutos" como oponibles *erga omnes* y "relativos" como oponibles sólo en las relaciones con determinados sujetos. Alessandro Pace, "La heterogénea estructura de los derechos constitucionales", *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, Madrid, núm. 3, enero-abril, 1998, pp. 20-21. Pero no es éste el significado que debe darse tampoco al calificativo de "absolutos" aplicado a los derechos fundamentales en esta investigación. Por derechos absolutos se entiende aquí, y en general en Derecho Constitucional, derechos ilimitados.

14 "La libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos".

*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789)<sup>15</sup>]. Fernández Galiano y De Castro Cid señalan que no puede extrañar esta postura pues "de una parte, la fundamentación iusnaturalista que inspiró aquellos primeros textos —fundamentación que, en alto grado, era tributaria del concepto racionalista del Derecho natural y singularmente del pensamiento de Locke— abonaba la tesis de que cualquier restricción de los derechos humanos resultaba ser *contra natura*; de otro lado, aquel fue el momento en que la Historia empezó a cerrar el período de los poderes absolutos, se iniciaban los regímenes constitucionales, se abría el horizonte de la libertad y, una vez más, se hizo presente el 'fervor del neófito' para enaltecer hasta la sublimidad unos derechos recién adquiridos"<sup>16</sup>.

En cualquier caso, y al margen ahora de la total exactitud histórica de estas afirmaciones, que se examinará más adelante, actualmente la concepción de los derechos fundamentales como dotados de carácter absoluto está ampliamente superada y, como Fernández Segado subraya, "el carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna"<sup>17</sup>, al menos como regla, por lo que luego se verá. Pero conviene acaso subrayar que el pretendido carácter absoluto de los derechos fundamentales resulta una falacia no sólo para la época contemporánea, en unas sociedades tan complejas como son las que nos ha tocado vivir, con fuerte intervencionismo estatal y unas intensas relaciones Estado-ciudadanos, sino que lo ha sido siempre, por más que la realidad actual lo ponga más de relieve. En este sentido, cabe recordar las palabras de Jellinek: "La teoría de que la libertad es compatible con restricciones legislativas (es) inmemorial y para el legislador práctico evidente". Se trata, dice Jellinek, de una "trivialidad", pura y simplemente<sup>18</sup>.

Puede, por ello, Sachs sostener, en su estudio histórico de las limitaciones a los derechos fundamentales, que las mismas eran ya, durante la etapa que dicho autor llama la "prehistoria" de los derechos fundamentales, "partes integrantes en cierto sentido del pensamiento jurídico del hombre" y si ello era así es porque "nunca existieron dudas sobre que la posición postulada para la persona individual se tenía que

---

15 "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley". No obstante, véase lo que luego diremos en el capítulo histórico.

16 Antonio Fernández-Galiano y Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Universitas, Madrid, 1993, p. 429.

17 Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 100.

18 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1914, p. 413, cit. por Michael Sachs, *Grenzen des Diskriminierungsverbots. Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Artikel 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz*, Franz Vahlen, München, 1986, p. 7.

limitar, en atención sobre todo a las necesidades de convivencia social"<sup>19</sup>. Ya en el Derecho romano, como ha destacado Iglesias-Redondo en su estudio sobre el concepto romano de *libertas*, "la atribución al individuo de una libertad sin límites" se concibe como una "privación de libertad para todos los demás" y, por ello mismo, los límites de la libertad constituyen "un elemento sustancial al concepto de libertad" para el romano, concepto que exige un "equilibrio prudente" en la relación individuo-Estado<sup>20</sup>.

Dicho de otro modo, los derechos fundamentales no son, ni pueden ni han podido nunca ser, derechos ilimitados, sino que todos en su conjunto y cualquiera de ellos considerado en particular están irremediabilmente sujetos a limitaciones y ello es así en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente cohonestarse el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada en el Estado<sup>21</sup>. La vieja teoría del contrato social, por más que no le falte razón a Ortega y Gasset cuando dice que se trata del más burdo intento que se ha hecho nunca de poner el carro delante de los bueyes (pues para que haya acuerdo es requisito previo indispensable que exista una sociedad o asociación)<sup>22</sup>, conserva a este respecto un cierto valor académico que explica la necesidad de esas limitaciones a los propios derechos, pero no sólo por la necesidad de respetar los iguales derechos de los demás, sino también por la exigencia ineludible de garantizar un orden social, una convivencia pacífica y un bienestar público. En este sentido, lleva razón Marten Ten Hoor cuando dice que "la educación socio-política del individuo, concebida democráticamente, podría ser descrita como la gradual transformación de todo individuo (que trata de realizarse aisladamente) en otro que emprende esta tarea —al menos, la mayor parte de ella— en cooperación con otros individuos. La autorrealización en cooperación involucra gran limitación —en cooperación— de la acción privada", esto es, de la propia libertad<sup>23</sup>.

---

19 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 235.

20 Juan Iglesias-Redondo, "En torno a la 'libertas'", en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, Tomo III, pp. 1444 y 1446.

21 Klaus-Dieter Borchardt, "Bundesrepublik Deutschland", en Eberhard Grabitz, *Grundrechte in Europa und USA*, Band I (*Strukturen nationaler Systeme*), N.P. Engel, Kehl/Strassburg/Arlington, 1986, p. 165.

22 "La idea de la sociedad como reunión contractual, por lo tanto, jurídica, es el más insensato ensayo que se ha hecho de poner la carreta delante de los bueyes"; y por otro lado, pretender que el Derecho "rija las relaciones entre seres que previamente no viven en efectiva sociedad, me parece —y perdóneseme la insolencia— tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el Derecho es". El Derecho es "secreción espontánea de la sociedad, y no puede ser otra cosa" y sociedad "es lo que se produce automáticamente por el simple hecho de la convivencia. De suyo, e ineluctablemente, segrega ésta costumbres, usos, lengua, Derecho, poder público". José Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1964, pp. 13-14.

23 Marten Ten Hoor, *Libertad limitada. Un ensayo sobre la democracia*, traducción de Francisco González Ríos, Ágora, Buenos Aires, 1958, pp. 147 y 151-152. "Se requiere

Por consiguiente, puede decirse que la existencia de un hombre en sociedad (y los *Robinsons Crusoe* no tienen interés para el Derecho ni, desde luego, tienen ni necesitan siquiera derechos fundamentales hasta el momento en que entran en contacto con otros hombres, aunque sólo sea cuando Robinson encuentra a Viernes en la novela de Defoe), exige cuando menos su "co-existencia" pacífica con otros individuos y, en un Estado democrático donde rigen los derechos fundamentales, es preciso algo más que la mera "co-existencia": la "convivencia" con los demás. Ello impone, naturalmente, restricciones a las propias libertades en aras no sólo del ejercicio por los demás de los mismos derechos, sino también para garantizar el necesario orden social. Son muchas las posibilidades limitadoras de los derechos, y varían en el tiempo y en el espacio, correspondiendo a los legítimos poderes públicos tratar de encontrar siempre el más justo equilibrio entre la libertad y el orden para cada territorio y en cada momento histórico. Las Constituciones dejan al respecto, en todos los casos, un margen bien considerable a la libertad de los poderes públicos, que también por esta vía podrán aplicar sus concepciones político-ideológicas del hombre, la sociedad, la economía o el Estado, pero también marcan esos textos constitucionales, y deben marcar (pues es su misma razón de ser), sus límites al propio Estado en esta materia (contenido esencial, no discriminación, etc). Lo que resulta ineludible hasta para el más liberal de los Estados imaginable es limitar las libertades en su ejercicio, como exigencia intrínseca del arte de gobernar y del orden social. Los derechos fundamentales ilimitados o absolutos no existen, pura y simplemente, porque deben coordinarse unos con otros y porque hay otros derechos no fundamentales con los que a veces es también precisa una coordinación equilibrada y, en fin, porque el ejercicio

---

poca reflexión para que un individuo recalcitrante, pero con relativa inteligencia, llegue a darse cuenta de las implicaciones de su actitud. Negarse a aceptar la limitación es proporcionar a los demás buenos motivos para que hagan lo mismo. La negativa a aceptar limitaciones a la libertad trae como consecuencia inevitable el desorden y la confusión. Crea una atmósfera de inseguridad, en la cual ni el trabajo ni el juego pueden ser gozados plenamente. Aunque existan reglas de tránsito cuidadosamente establecidas, por ejemplo, el manejo de un automóvil requiere atención y cuidado; no hace falta mucha inteligencia para darse cuenta de lo que ocurriría, en este caso, si se eliminasen todas las limitaciones a la libertad de acción. La imposición de leyes no sólo introduce orden en la confusión sino que torna ilegal la conducta peligrosa e irresponsable. Los hombres han aprendido que el orden en la vida da protección y que él constituye una cualidad indispensable para la existencia en un ámbito externo favorable. La limitación, que al principio parece tan destructora, de la libertad, pronto llega a ser valorada como constructiva; a cambio de la reducción de oportunidades ofrece mayor orden, seguridad y confianza [ ] La limitación da como resultado experiencias íntimas que la mayoría de los hombres consideran fuente de gran satisfacción personal [...] aun cuando su individual libertad de acción se vea, por el momento, reducida al minimum [...] Estas experiencias predisponen —de modo general— a los ciudadanos respecto de las limitaciones. Las reglas que se desarrollan a partir de la experiencia son tan generales, sin embargo, que su eficacia es limitada. No aseguran que los hombres estén de acuerdo respecto de la aplicación específica de estas reglas [...] Podría afirmarse como principio que cuanto más remotos son los beneficiarios más renuente es la aprobación".

de esos derechos fundamentales ha de cohonestarse con exigencias indispensables de la comunidad<sup>24</sup>.

Y este carácter limitado de los derechos fundamentales es hoy doctrina común en la jurisprudencia constitucional de todos los países occidentales. Así, nuestro Tribunal Constitucional, en una de sus primeras sentencias ya afirmó rotundamente que "ningún derecho constitucional [...] es un derecho ilimitado"<sup>25</sup>, en doctrina constante desde entonces y que sólo recientemente algunos autores, por diferentes vías, parecen empezar a cuestionar, como se verá más adelante, bien que sólo limitadamente. El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, afirma que "todos los derechos fundamentales, parte[n] de la imagen del hombre de la Ley Fundamental, es decir, del hombre como personalidad autorresponsable que se desarrolla en el interior de la comunidad. Esta vinculación comunitaria del individuo reconocida por la Ley Fundamental hace posible también el establecimiento de ciertos límites externos a los derechos fundamentales que son garantizados sin reserva"<sup>26</sup>. Y también el Tribunal Supremo suizo reconocerá, ya desde su más temprana jurisprudencia, que todos los derechos en general son limitables, estando su ejercicio sujeto a medidas estatales para garantizar el orden público, concepto éste que se identificará con los intereses públicos y así, incluso frente a una disposición constitucional de un cantón suizo que proclamaba como "inviolable" el derecho a la propiedad, dirá en su más temprana jurisprudencia el Tribunal Federal que tal proclamación no tiene, en modo alguno, el significado de excluir el derecho de la legislación a precisar el contenido y alcance de ese derecho y fijar limitaciones al mismo, sino que tales limitaciones, son, más bien, admisibles y compatibles con la garantía de la propiedad en los términos mencionados<sup>27</sup>. La *Corte Costituzionale* italiana, por su parte, y

---

24 Como nos dice Bettermann contundentemente, en tesis hoy pacífica, no existe "ningún derecho ilimitado, porque en un Estado social y de Derecho no puede haber ninguna libertad sin límites", más aún: "en la medida en que el asunto de la libertad es un proceso interpersonal, en la medida en que siga siéndolo, que los ciudadanos puedan actuar frente a sus conciudadanos, frente a la sociedad o frente al Estado —y sólo tales libertades con contacto social o eficacia frente a otros interesan a los juristas y pueden ser objeto del ordenamiento constitucional—, en la medida en que la esfera individual sea transgredida, los límites son indispensables, aunque sólo sea para garantizar por completo iguales libertades" (Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 8). La libertad o los derechos fundamentales sin límites, se ha dicho con toda razón, son inconcebibles (Alfred Katz, *Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 297), pura y simplemente o, por lo menos, "desde la teoría jurídica de la Constitución no resultan admisibles" (Luis Aguiar de Luque, "Los límites ...", cit., p. 11).

25 SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 9º (derecho de huelga); 98/2000, de 10 de abril, FJ 5º (derecho a la intimidad).

26 BVerfGE 32, 98, 107-108; 30, 178, 193.

27 Sobre ello, véase Marcel Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Schulthess, Zürich, 1991, p. 14; también para el Derecho suizo, véase Beat Sigel, *Über die Grundrechte, insbesondere die Pressefreiheit, in der Schweiz und in Grossbritannien*, Schulthess, Zürich, 1981, p. 35, quien se refiere, en cualquier caso, al liberalismo predominante en el siglo XIX, que llevó a que sólo en el caso de las

pese a la falta de menciones explícitas a los límites en la Constitución, ya en su sentencia 1/1956 señalaba que "el concepto de límites es inherente al concepto de derecho y que, en el conjunto del sistema jurídico, las diferentes situaciones de derecho deben necesariamente limitarse recíprocamente, a fin de que puedan coexistir en una comunidad civil bien ordenada"<sup>28</sup>.

En el ámbito supranacional europeo, el TEDH ha sido también claro al sentar la doctrina siguiente: "El Tribunal juzga inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros de la salvaguarda de los derechos individuales"<sup>29</sup>, pues un "justo equilibrio entre las exigencias del interés general y los imperativos de los derechos fundamentales de la persona"<sup>30</sup> es un principio que informa toda la Convención y es "inherente" a ella, si bien se atribuye también en ella un "valor particular" a los derechos fundamentales<sup>31</sup>. Esta doctrina ha permitido al Tribunal de Estrasburgo aplicar el principio de proporcionalidad a prácticamente todos los derechos enunciados en el Convenio, tanto los que tienen limitaciones expresamente previstas como los que no, como luego veremos. El propio Convenio proclama ya en su mismo preámbulo que "el mantenimiento [de las libertades individuales] se apoya esencialmente sobre un régimen político verdaderamente democrático, de una parte, y, de otra parte, sobre una concepción común y un común respeto de los derechos del hombre que [los Estados contratantes] se reclaman". Y uno de los mejores estudiosos de la Convención, subraya con relación a los derechos de la misma cómo los mismos "no son absolutos y pretender que lo sean conduciría a la Convención, en un corto espacio de tiempo, a ser usada para minar los propios derechos que ella busca proteger"<sup>32</sup>.

Y el TJCE, por su parte, ha confirmado también, en fin, el carácter no ilimitado de las libertades en el marco comunitario. Dice, en efecto, el Tribunal de Luxemburgo que los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal no son de carácter absoluto, sino que deben ser tenidos en cuenta en relación con su función social. En consecuencia, pueden imponerse restricciones al ejercicio de dichos derechos, pues son derechos que, "lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben considerarse a la vista de la función social y de los bienes y actividades protegidos", de manera que los "derechos de este tipo no se garantizan normalmente más que a reserva de las limitaciones previstas en aras del

prohibiciones constitucionales o de un ejercicio abusivo de los derechos amenazante para la mayoría se formularsen expresamente límites.

28 Cit. por Luis Aguiar de Luque, "Los límites...", cit., p. 14.

29 STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klass y otros c. Alemania*), §59.

30 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §50.

31 SSTEDH de 23 de julio de 1968 (*sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*), §5; de 7 de julio de 1989 (*Soering*), §89; STEDH de 23 de septiembre de 1982 (*Sporrong and Lönnroth*), §69.

32 Ralph Beddard, *Human Rights and Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 180.

interés público"<sup>33</sup>. Al desarrollo más concreto de toda esta jurisprudencia nos referiremos, evidentemente, con más detalle a lo largo de esta investigación.

## 2.- Las pretendidas excepciones: ¿existe algún derecho absoluto?

Pese al carácter relativo, o no-absoluto, de los derechos fundamentales, que hoy la doctrina admite de modo pacífico, cabe preguntarse si, sin perjuicio de mantener la vigencia como regla general de la relatividad de los derechos fundamentales y su consiguiente sujeción a límites en su ejercicio, no existirán ciertos derechos fundamentales que, como excepción a esa regla general, sí sean verdaderos derechos absolutos por no admitirse, respecto de ellos, ninguna limitación. En la doctrina, especialmente en el campo de la Filosofía del Derecho pero también en el campo del Derecho positivo, se ha sostenido, en efecto, que algunos derechos fundamentales sí tendrían carácter absoluto<sup>34</sup>.

Entendemos, por nuestra parte, que ello no es así y que todos los derechos fundamentales están sujetos a limitaciones en su ejercicio, sin que exista ninguno absoluto y ello por cuanto que partimos de la convicción de que los derechos subjetivos en general, y en particular los derechos fundamentales, sólo son concebibles en el marco de una sociedad determinada, en la cual todos sus integrantes serán titulares de estos derechos universales, lo que conlleva que ninguno de ellos puede valerse de modo ilimitado de esas libertades sin invadir la esfera de libertad que corresponde a los otros individuos, o entrar en colisión con otros bienes básicos de la Comunidad.

Ello no resulta, en modo alguno, contradicho por la existencia de ciertos derechos fundamentales de carácter muy personal, los llamados derechos personalísimos (derecho a la vida, a la intimidad, libertad de conciencia, etc.), frente a otros derechos en los que su carácter necesariamente interpersonal o dimensión social se presenta con una intensidad considerablemente mayor (derecho de asociación, reunión, sufragio o matrimonio, por ejemplo). Resulta obvio, a nuestro modo de ver, que también en el caso de los primeros existe, en el ejercicio de los

---

33 STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §14.

34 Es sabido que en la concepción de Carl Schmitt, "todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales *absolutos*", pero ello lo entiende el citado autor no de un modo estricto, como se deduce de su explicación de que son absolutos porque "no se garantizan 'con arreglo a las leyes'; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales". "Las limitaciones de la libertad personal, etc., son admisibles sobre la base de leyes, y por cierto de leyes ordinarias, por ejemplo, a base del Código de Procedimiento Criminal. No puede pasarse por alto el hecho de que en la práctica ha llegado a considerarse como corriente una cierta medida para las injerencias. Incluso allí donde conceptos indeterminados, tomados en abstracto, parecen dar posibilidades ilimitadas de injerencia, se introduce en la práctica una delimitación". Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 171 y 180.

mismos por su titular, una relación de éste con los demás ciudadanos o, al menos, esa relación de alteridad es posible; más aún, esos derechos sólo interesan al jurista y sólo tienen relevancia jurídica en cuanto que se manifiesten (positiva o, con mayor frecuencia, negativamente) frente a otros, bien sea el Estado, bien sean otros seres humanos, bien sea la sociedad en su conjunto, o a un sector de la misma<sup>35</sup>.

Y parece claro, desde esta perspectiva, que tales derechos, en sus manifestaciones exteriores, tienen necesariamente que encontrar límites en su ejercicio por más que pueda considerarse que esas limitaciones sólo pueden tener lugar con ocasión del caso particular y bajo condiciones parecidas a las del estado de necesidad<sup>36</sup>, pues la sola interacción de los mismos con los derechos de los demás, aparte ya de exigencias que puedan derivarse de otras exigencias comunitarias, supone ya de por sí la necesidad de establecer ciertos límites a estos derechos fundamentales personalísimos en su ejercicio en el seno de la sociedad para garantizar los derechos de los demás. Enseguida tendremos ocasión de verlo con más detalle con relación al que quizás constituya el derecho más personal, reducto último, en realidad, de la personalidad humana: la libertad de conciencia.

Por otra parte, también debe evitarse la confusión con los derechos fundamentales de ciertas prohibiciones (de torturas o de censura), formuladas en ocasiones autónomamente y hasta como derechos fundamentales autónomos, pero que, en realidad, más que nada son límites últimos a la limitación de un derecho fundamental en particular (integridad física o libertad de expresión, en los ejemplos aludidos). Son cada uno de ellos, por así decirlo, "límite de los límites al derecho fundamental en particular de que se trate" y sería tan erróneo, desde nuestro punto de vista, configurarlos como derechos fundamentales absolutos como absurdo sería decir que los "límites genéricos de los límites a los derechos fundamentales" son derechos fundamentales absolutos (derechos fundamentales absolutos a la proporcionalidad o al respeto del contenido esencial). El hecho de que unos límites de límites sean genéricos para todos los derechos y otros sean específicos para ciertos derechos no hace menos absurdo el razonamiento.

Esta perspectiva puede aún ser completada desde la distinción alexiana entre reglas y principios, según la cual las reglas sólo pueden

---

35 Así, respecto de la soledad de orden físico sin contacto interpersonal como contenido del derecho a la intimidad se señala con razón que puede prescindirse de la consideración de tal hipótesis "porque en ella no se contemplan, mejor dicho, se excluyen las relaciones con los demás y porque, mientras ese aislamiento se consiga en la práctica, no se producirá *de facto* ninguna posibilidad de intromisión en ningún aspecto de la vida de quien está solo –pensemos en quien vive en una isla desierta". Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "El derecho a la intimidad", en *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 54.

36 Lo que se llama por algún sector de la doctrina germánica las "intervenciones" en los derechos fundamentales que pertenecen a la esfera más personal. Véase, en este sentido, por ejemplo, Jörn Ipsen, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 1998, pp. 45 ss.



cumplirse o no, mientras que los principios ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (y las posibilidades jurídicas vienen dadas por los principios y reglas opuestos). Pues bien, si ya en términos generales la contraposición entre reglas y principios no puede ser absoluta, así ocurre también respecto de los derechos fundamentales, y en particular en hipótesis como las aquí contempladas (prohibición de torturas o censura, o también el "principio" de legalidad<sup>37</sup>, que en realidad sería una regla, pese al nombre), pues si los derechos fundamentales son, por lo general y claramente, "principios", en estos específicos supuestos nos hallaríamos más bien ante reglas, que no permiten *a priori* una ponderación, y que han de ser cumplidas o no cumplidas, pues ellas mismas son expresión de una ponderación previa por el constituyente, referida a un aspecto muy concreto. Pues bien, partiendo de esta perspectiva, nos parece generalizable o extrapolable a estos casos la tesis, que Alexy en realidad sostiene sólo respecto al derecho fundamental (en Alemania) a la dignidad de la persona, de que esos derechos fundamentales en forma de regla habrán de ser precisados a través de los correspondientes principios, por lo que no pueden excluirse ponderaciones, aun con carácter muy excepcional, como habremos de ver enseguida más concretamente. Existe, podría decirse, una regla que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, la censura o una regla de la dignidad humana o

---

37 Es significativa, a este respecto, la STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3º: "constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25,1 CE se subordina a la posibilidad de que *su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia*, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (SSTC 69/1989 f. j. 1º; 219/1989, f. j. 5º, 116/1993, f. j. 3º; 305/1993, f. j. 5º; 26/1994, f. j. 4º; 306/1994, f. j. 3º; 184/1995, f. j. 3º). *Esta compatibilidad es especialmente posible en el ámbito del Derecho disciplinario*, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción [ ] En todo caso, admitir la compatibilidad entre el art. 25,1 CE y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas, no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan *sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos*" (cursiva nuestra). Es claro que es la presencia de bienes constitucionales necesitados de tutela la que permite justificar un cierto debilitamiento del principio de legalidad cuando tal tutela no puede lograrse con una observancia más rigurosa del principio de legalidad. Y la reciente STC 132/2001, de 8 de junio, FFJJ 5º y 6º señala cómo el principio de legalidad sancionadora se debilita ("concepción flexible de la reserva de ley") en materias en que existe un interés local y existe, por ello, un amplio campo para la regulación municipal, extendiendo así, por lo demás, al ámbito local una doctrina que la STC 233/1999, de 16 de diciembre (FFJJ 10º y 18º) ya predicara respecto de la reserva de ley para el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público del art. 31 CE, bien que acaso con un carácter más flexible en este último caso.

la legalidad, pero junto a ello existe también un principio correspondiente de la dignidad, la legalidad, la prohibición de tortura o censura, etc.

Hechas estas aclaraciones en general, nos referiremos a continuación a ciertos derechos fundamentales que, desde distintos planteamientos doctrinales se han considerado como absolutos, no sujetos a límites de ninguna clase.

A) Por un lado, cabría pensar que el derecho a la vida es un derecho absoluto<sup>38</sup>, algo a lo que ha dado pie incluso nuestro TC<sup>39</sup>, en

---

38 En este sentido, Remedio Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, p. 261, quien considera que "habría que precisar", con relación a lo afirmado, "tal vez con demasiada insistencia", por el TC de que ningún derecho es ilimitado, "que sí hay, a mi juicio, derechos fundamentales (individuales) que no admiten limitación sino con un carácter muy excepcional y que, por el contrario, justifican los límites a otros derechos o, mejor, libertades. Me refiero al *derecho a la vida*, a la integridad física y moral o a la intimidad" (subrayado nuestro). La misma autora sostiene, en el prólogo, que decir "que no hay derechos ilimitados", como el Tribunal Constitucional y la propia doctrina hacen sistemáticamente, es "decir, a mi juicio, demasiado" y es justamente su "lógica preocupación" por una afirmación de este tipo lo que le lleva a "reflexionar sobre su acierto y sobre la posibilidad, si es que existe, de distinguir qué derechos son más limitados que otros; o incluso, si hay derechos a los que de ningún modo debiera aplicarse tan generalizada y peligrosa afirmación" (p. 11). Sin embargo, no se encuentra en el libro una respuesta satisfactoriamente clara a esta cuestión, quizás porque se presenta más bien como "una idea que debe seguir madurando" y que no "queda cerrada". También parece mantener una postura parecida Antonio Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 388: "los derechos, en general, tienen límites y su ejercicio admite grados. No puede decirse lo mismo de la vida: su limitación o graduación equivale a la desaparición del sujeto. O hay vida o no, sin término medio posible". No obstante, el mismo autor señala que "llama la atención que la integridad física y psíquica y la intimidad de creencias tengan tal carácter absoluto y no la vida. No se trata, sin embargo, de que el Ordenamiento jurídico español valore en más aquellos bienes y derechos que éste, como prueba la mayor penalización que corresponde a los delitos contra la vida. Lo que sucede es que se parte de la certidumbre de que la vida puede colisionar con algún derecho ajeno en algún supuesto (el que se plantea en el problema del aborto [...])" (p. 364). Véase, por último, Gonzalo Ferrer Amigo, "Incidencia constitucional de las intervenciones corporales", *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial. XXIX, CGPJ, Madrid, 1993, p. 403.

39 La STC 48/1996, de 25 de marzo, en efecto, resulta poco afortunada al señalar que es un derecho que "tiene un carácter absoluto", lo que, por lo demás, resulta contradictorio con la propia sentencia, que estima que una denegación de excarcelación de un recluso que sufre una enfermedad muy grave e incurable afecta ilegítimamente al derecho fundamental a la vida, si bien se aprecia que en circunstancias diversas a las del caso enjuiciado la afectación podría ser legítima e incluso se reconoce explícitamente que la norma reglamentaria que regula tales hipótesis, incorporada hoy al Código Penal, tiene como finalidad "el equilibrio entre el derecho a la vida" y "el de la gente (sic) a su seguridad", para lo cual establece determinadas condiciones o presupuestos para que proceda la libertad condicional, "como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, irresoluble de otra guisa". Y por otro lado, pasa por alto dicha doctrina un dato normativo ineludible, como es el de que la propia Constitución admita de manera expresa que las leyes penales militares establezcan la pena de muerte para tiempos de guerra, por más que sea cierto que el

cuanto que nos hallamos no sólo ante un derecho fundamental de extraordinaria importancia, sino, en rigor, ante algo más que eso: un presupuesto o soporte existencial para cualquier otro derecho fundamental y también para la dignidad humana, que presupone obviamente la existencia del hombre. Dada su importancia, parece que, con respecto a este derecho, no debe en principio admitirse ninguna excepción.

Sin embargo, no es así. También el derecho a la vida está, y ha necesariamente de estar, sujeto a ciertas limitaciones. Y no aludimos sólo a la pena de muerte, en aquellos Estados donde se admite, bajo unas u otras condiciones, esta inhumana pena, sino sobre todo a la legítima defensa, pero también al estado de necesidad, al aborto provocado despenalizado, a la eutanasia despenalizada, o el deber de poner en peligro la propia vida en ciertas relaciones de servicio de Derecho Público (Fuerzas Armadas, policía<sup>40</sup>, bomberos o protección civil), entre otros casos posibles<sup>41</sup>.

B) También se ha sostenido que es un derecho absoluto el derecho a no ser sometido a torturas<sup>42</sup>, pues los diversos instrumentos internacionales, así como las distintas Constituciones nacionales que consagran este derecho no admiten ninguna limitación a este derecho.

vigente Código Penal militar no haga uso de tal posibilidad. Y, en cualquier caso, como trataremos de demostrar, también hay otros límites posibles al derecho.

40 Véase el art. 5, punto 1º, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sus miembros deben "impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral" y procurarán auxiliar o proteger a los ciudadanos "siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello". "Deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance". En particular, "solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana".

41 En la doctrina alemana, se alude al llamado "tiro final de salvamento" que es el disparo que, según las leyes de policía de los Länder, es admisible para salvar a la víctima de un delito con observancia de la proporcionalidad. Véase, al respecto, Jörn Ipsen, *Staatsrecht II...*, cit., pp. 59 y 74: si ese tiro selectivo representa el único medio para liberar a un rehén del poder de un criminal, este medio es necesario, de un lado, y de otro, no es desproporcionado "porque la vida del criminal no puede ser ponderada frente a la del rehén". Véase José L. Carro Fernández-Valmayor, "La polémica europea sobre el uso de las armas como forma de coacción administrativa", *RAP*, núm. 84, 1977, pp. 77 ss. y F. Sequeira de Fuentes, "Responsabilidad patrimonial de la Administración pública con ocasión del uso de armas por los agentes públicos", *RAP*, núm. 99, 1982, pp. 263 ss., en especial p. 266.

42 Geoffrey Marshall, "Declaraciones de derechos: problemas básicos en su elaboración y aplicación (I)", traducción de Ana Recarte Vicente-Arche, *RCEC*, núm. 1, septiembre-diciembre, 1988, p. 342, parece sostenerlo así: "[...] proposición universalmente admitida en el sentido de que no existen derechos absolutos, ni legales ni morales. Posiblemente el derecho a no ser torturado es prácticamente absoluto (aunque cualquier teórico moral puede pensar en un caso absolutamente excepcional en el que la tortura fuera moralmente excusable o, para algunos moralistas, incluso obligatoria)".

Tomás y Valiente ha sido quizás el más explícito: "Juristas y filósofos suelen discutir sobre el carácter absoluto de los derechos fundamentales, que algunos admiten y otros no. Sin terciar a fondo en la polémica siempre he pensado que si alguno hay que lo sea es el derecho a no ser torturado. Nunca. Nadie. Sin excepciones casuísticas ni límites difusos: 'en ningún caso'"<sup>43</sup>. Y lo mismo se ha sostenido, incluso, respecto del derecho a la integridad física<sup>44</sup> y ello, a juicio de Torres del moral, porque es un derecho que no colisiona "con ningún otro derecho o bien jurídicamente protegido. De ahí que, en el nivel de su reconocimiento constitucional, haya podido afirmarse su carácter absoluto"<sup>45</sup>, tesis que el TC ha seguido recientemente<sup>46</sup>.

Se impone aquí una aclaración de principio, ya adelantada, y es la de que resulta bastante dudoso que la prohibición de la tortura integre un verdadero derecho fundamental autónomo, aun cuando se lo proclame separadamente en los correspondientes textos legales<sup>47</sup>; más bien es una regla (en el sentido de Alexy) resultado de ciertas ponderaciones, entre el derecho a la integridad física y moral<sup>48</sup> y otros posibles intereses restringentes de dicho derecho, realizada ya por el propio constituyente; y es, también, un límite de límites específico del derecho a la integridad física y moral, una barrera absoluta a las limitaciones a este derecho. Es de destacar, en este sentido, que incluso cuando, como ocurre en el CEDH, en un texto normativo se proclama esta interdicción de torturas como un derecho autónomo y no se reconoce en cambio un derecho a la integridad física, lo cierto es que para la aplicación en la práctica de dicha interdicción es ineludible exigir una cierta proporcionalidad, tal y como ha hecho el TEDH y se verá con mayor detenimiento en el correspondiente capítulo de esta investigación<sup>49</sup>. Y así ha procedido, igualmente, nuestro propio TC<sup>50</sup>.

43 Francisco Tomás y Valiente, *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 6-7.

44 Antonio Torres del Moral, *Principios...*, cit., pp. 363-364; Remedio Sánchez Ferriz, *Estudios sobre...*, cit., p. 261; Blanca Pastor Borgoñón, "La prueba ilegalmente obtenida", en *La restricción ...*, cit., p. 196.

45 Antonio Torres del Moral, *Principios...*, cit., p. 364.

46 STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2º: "el derecho (...) a la integridad (...) tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena", una vez excluidos de nuestro ordenamiento tanto los tratos inhumanos o degradantes como la tortura, "incluso los trabajos forzados".

47 Esta proclamación autónoma, a nivel constitucional e internacional, se explica por razones históricas y pragmáticas, vinculadas en no pocas ocasiones a traumáticas experiencias colectivas.

48 Es significativo que el artículo 173 CP castigue al "que infligiere a otra persona un trato degradante, *menoscabando gravemente su integridad moral*". Y la tortura se define penalmente también por someter a la persona a condiciones o procedimientos que, según dice la coletilla final, "*de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral*".

49 STEDH de 7 de julio de 1989 (*Soering*), §§100 ss; STEDH de 18 de enero de 1978 (*Irlanda c. Reino Unido*), §§29-30. Véase Marc-André Eissen, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of*

Ello viene a poner de relieve que, junto a una regla (en el sentido de Alexy) de prohibición de las torturas, hay también un principio de interdicción de las mismas.

Y es que, en efecto, la determinación de lo que por "torturas" o penas o tratos "inhumanos o degradantes" haya de entenderse exige, de manera inevitable, una cierta valoración y, por consiguiente, un cierto examen de proporcionalidad, una atención a las circunstancias genéricas y del caso particular. El TEDH tiene en cuenta, básicamente, la duración, efectos físicos y psíquicos y, en determinados casos, el sexo, la edad y el estado de salud. En este sentido, nuestro Código Penal, por su parte, define la tortura, significativamente, por referencia "a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración *u otras circunstancias*" impliquen sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que "de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral" (artículo 174.1).

La necesaria aplicación del principio de proporcionalidad se explica porque, si ciertas conductas se encuentran en las zonas blanca y negra, respectivamente, de los conceptos jurídicos indeterminados "torturas" o "penas o tratos inhumanos o degradantes", otras se ubican en una zona gris intermedia y buena prueba de ello es la elevada indeterminación en la tipificación penal. Ya desde la perspectiva

*Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 138-139.

50 "Según la jurisprudencia del TEDH recogida en la STC 120/1990, FJ 9º, para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del art. 3 Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona" de modo vejatorio e ilícito "y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente"; en el concreto ámbito penitenciario es necesario que tales tratos "acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena"; "aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante 'en razón del objetivo que persigue', ello no impide que se la pueda considerar como tal 'en razón de los medios utilizados'; "como ha declarado el TEDH, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso", entendiendo que no es así en el caso de una orden dada a un recluso de desnudarse y hacer varias flexiones para evitar que objetos y sustancias peligrosas pudieran ser introducidas en el establecimiento penitenciario, con riesgo para la vida o la salud de los reclusos, pues ni consta ni se alega que la orden entrañase contacto corporal del recurrente con otra persona ni tampoco consta cuál fue la duración ni número de las flexiones "para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad": STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4º. A nuestro modo de ver, estos supuestos deberían ser tratados, al menos en nuestro marco constitucional, no como delimitación autónoma del concepto de "penas o tratos inhumanos o degradantes", sino como intervenciones en el derecho a la integridad física y psíquica que, para ser justificadas, deben, entre otras condiciones, ser proporcionadas y no constituir por ello, en ningún caso, penas o tratos de los citados. Esta perspectiva tendría, a nuestro modo de ver, un mayor rigor dogmático y sistemático.

constitucional, la utilización de la proporcionalidad para la aplicación de esta prohibición permitiría, por ello, hablar incluso de unos ciertos límites a este "derecho". Creemos, sin embargo, que no es ésta una perspectiva adecuada, sino que los límites lo son en realidad al derecho a la integridad física, y que es desde esa perspectiva desde la que deben estudiarse y no como delimitación del concepto de torturas o de penas o tratos inhumanos o degradantes. Por otra parte, y al margen de ello, en supuestos ciertamente extremos se cuestiona si sería admisible aplicar el estado de necesidad al delito de torturas<sup>51</sup>, y parece que no pueden descartarse respecto de este derecho otros supuestos de irresponsabilidad penal (inimputabilidad, por ejemplo) ni la concesión de un indulto.

Todo ello lleva a la conclusión de que la interdicción de torturas no es, realmente, un derecho autónomo sino una específica barrera de

---

51 Se pone de ejemplo el supuesto de una persona que, sometida a un interrogatorio, confiesa haber puesto una bomba en un avión que se encuentra en vuelo, pero se niega a decir en qué avión concreto y el lugar del mismo en que está el artefacto explosivo. La bomba va a hacer explosión con toda probabilidad, aunque siempre cabe un fallo, antes de que la aeronave tome tierra, por lo que si no se desactiva a tiempo fallecerán con seguridad varias personas. Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 182, n. 30. Con todo, aun partiendo de que la integridad moral es de menor valor que la vida, la doctrina es casi unánime en rechazar el estado de necesidad y, hasta donde sé, Serrano es el único penalista entre nosotros abierto a la posibilidad de la aplicación de un estado de necesidad. Pero ello puede no ser más que un ejercicio de voluntarismo. Otro ejemplo, real esta vez, y verdaderamente límite (aunque cabe, desde luego, imaginar hipótesis más extremas), es el que narra Lösing: "Recientemente Alemania fue sacudida por un terrible caso de secuestro. Dos individuos habían secuestrado a un joven y exigieron un rescate de un millón de marcos a los padres de la víctima. Gracias a una actuación policial eficiente, los secuestradores pudieron ser capturados a las dos semanas del secuestro, cuando intentaron recoger el dinero del rescate. Desgraciadamente, la policía no pudo hallar a la víctima y los secuestradores se limitaron a declarar que la víctima estaba enterrada viva (sin agua ni alimentos) en una caja de más o menos dos por dos metros. Una foto de la víctima en la caja corroboraba las declaraciones de los detenidos. Si en una situación así aplicáramos el principio de proporcionalidad al caso concreto, podríamos llegar al resultado de que se justificaría una tortura de los detenidos para hacerlos hablar y salvar la vida de la víctima. El legislador ha previsto este peligro y para impedir el posible abuso al cual podría llevar la visión exclusiva del caso concreto, ha cimentado la posible respuesta estatal a una situación semejante dentro del núcleo inamovible del principio del Estado de Derecho. Sólo así puede impedir que lo que pueda parecer justificado en un caso concreto extremo sea utilizado de forma abusiva en otros casos". Norbert Lösing, "Estado de Derecho y debido proceso penal", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA, Buenos Aires, 1998, p. 475. Se trata de un caso límite, ciertamente, porque existe un conflicto entre el derecho de los detenidos (a la integridad física y no ser sometidos a torturas) y el derecho de la víctima no sólo a la vida, sino también a su integridad física sufriendo una de las muertes más "tortuosas" imaginables, y afectando a su dignidad personal. Y los detenidos, por su parte, disfrutaban también, y en cualquier caso, de la presunción de inocencia. Sea cual sea la solución constitucional de un caso de este tipo, y sin entrar ya en la solución penal, desde luego la proporcionalidad en el examen de las torturas (en la hipótesis, no verificada en la realidad, de que se hubieran producido) habría de experimentar aquí una notable modulación, cuando menos, vistas las circunstancias.

barreras, o un específico límite a toda limitación del derecho a la integridad física. Pero si se le concibe como un derecho autónomo, la aplicación del principio de proporcionalidad viene a poner de relieve que no es un derecho absoluto, como también lo haría la (discutida) eventual admisión de un estado de necesidad o una situación de inimputabilidad respecto de este delito.

Y por lo que se refiere al derecho a la integridad física y moral, que sí constituye un verdadero derecho autónomo, es claro que las limitaciones al mismo resultan ineludibles en cualquier sociedad contemporánea<sup>52</sup>. Y con ello no sólo nos referimos a los supuestos de legítima defensa (que, admitiéndose respecto del derecho a la vida, con más razón todavía se admite, y debe admitirse, respecto del derecho a la integridad física), sino también al uso de la fuerza que pueden legítimamente verse obligados a utilizar los miembros de la policía (a fin de mantener el orden público, para proceder a la detención de presuntos delincuentes, en ocasiones por orden judicial, o para impedir la comisión de un delito flagrante<sup>53</sup>) o a la fuerza o violencia en grado mínimo que pueden utilizar los padres (no los maestros) en el legítimo y proporcionado ejercicio de su derecho de corrección<sup>54</sup>, a los cacheos policiales, así como a las limitaciones que puede también sufrir este derecho en el proceso penal (intervenciones corporales en sus aspectos anatómico, fisiológico y psicológico para encontrar y percibir directamente el cuerpo de la persona elementos materiales del delito o para obtener muestras o vestigios que serán sometidos a examen pericial<sup>55</sup>), o a las limitaciones que este derecho

---

52 Y obviamente no nos referimos a las enfermedades, naturalmente ligadas a toda existencia humana, y que no son limitaciones del derecho a la integridad física ni siquiera del derecho a la salud, en cuanto que no son voluntariamente provocadas. Jörn Ipsen, *Staatsrecht II...*, cit., p. 75. La salud, según nuestro TC, integra tanto el derecho a la integridad física (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3º) como el derecho a la vida (STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3º, bien que con relación a una enfermedad grave e incurable de un preso).

53 Artículos 284 y 492.1 en relación con el 490.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Véase, también, Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 146 ss. e Iñaki Agirreazkuenaga, *La coacción administrativa directa*, Civitas-IVAP, Madrid, 1990, pp. 378 ss., con concreción del principio de proporcionalidad (en su triple vertiente) en este ámbito.

54 Alfred Katz, *Staatsrecht*, cit., p. 211; Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal*, cit., p. 1013. Artículo 154 CC: "Los padres [...] podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos".

55 José Antonio Díaz Cabiale, "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc)", en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 67 ss. Los reconocimientos médicos ordenados judicialmente, incluidos los análisis de sangre, orina, etc (por ejemplo, ante la negativa de someterse a la prueba de alcoholemia mediante la espiración de aire de un conductor), afectan al derecho a la integridad física. Véase STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8º, exigiendo el "necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante" (cursiva nuestra).

ha de sufrir irremediabilmente por imperiosas razones sanitarias (vacunaciones obligatorias, exámenes médicos legalmente obligatorios, visitas medicas y curas de desintoxicación obligatorias para alcohólicos y toxicómanos, etc<sup>56</sup>), especialmente en caso de epidemia<sup>57</sup>, o las pruebas obligatorias de alcoholemia<sup>58</sup> que pueden ser ordenadas, con relación al tráfico rodado, por sospecha de embriaguez y también en controles preventivos sin necesidad de que haya siquiera indicios de infracción<sup>59</sup>, así como la prueba biológica de paternidad<sup>60</sup>, las sesiones de rayos X que se practican a un interno en un centro penitenciario<sup>61</sup>, el corte obligatorio de pelo y barba<sup>62</sup> en las Fuerzas Armadas o prisiones, los ensayos clínicos con humanos o la esterilización de personas incapacitadas en ciertas condiciones<sup>63</sup>. Y sea dicho todo ello sin ánimo exhaustivo, pues son

---

56 La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, establece que "al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad" (art. 1). En concreto, "las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamientos, hospitalización, o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad" (art. 2). Y "con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible (art. 3).

57 Jörn Ipsen, *Staatsrecht II...*, cit. p. 76, quien se refiere, por ejemplo, a las medidas obligatorias que pueden ordenarse con relación al S.I.D.A., por tener éste el carácter de enfermedad contagiosa.

58 Jörn Ipsen, *Staatsrecht II...*, cit. p. 76. Aunque consistan simplemente en la espiración del aire, son constitutivas a nuestro juicio de una intervención en el derecho a la integridad física ordenada legalmente, pues son obligatorias.

59 Véase el artículo 380 CP (delito de desobediencia grave por no someterse a la prueba de alcoholemia) y artículo 12 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, así como la STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3º: la verificación de la prueba de alcoholemia "supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tráfico", sin que sean además de aplicación las garantías del artículo 17.3 CE.

60 Sobre ello, véase STC 7/1994, de 17 de enero, *in toto*.

61 Es el caso examinado en la STC 35/1996, de 11 de marzo, aunque se estima violada la integridad física sólo "si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuviesen lugar con excesiva intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado y se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles" (FJ 3º), lo que no ocurre en el caso de autos (FJ 4º).

62 BVerfGE 47, 239, 248 ss.

63 Para España, véase el artículo 156.2 del Código Penal y STC 215/1994, de 14 de julio, que considera "indudable" (FJ 4º) la afectación del derecho a la integridad física (se



posibles otras intervenciones en este derecho, algunas derivadas de la realidad social cambiante y los progresos de la ciencia, sobre cuya legitimidad habrá que decidir mediante el correspondiente examen de la constitucionalidad de las mismas (y por consiguiente, también sobre su proporcionalidad) para separar las intervenciones que constituyen legítimos límites al derecho de aquellas otras intervenciones que no puedan presentarse como legitimadas o justificadas constitucionalmente y por ello no son límites (constitucionales) del derecho.

C) Podría también sostenerse que la prohibición de trabajos forzados constituye un derecho absoluto, no sujeto a límites. Pero también aquí es preciso señalar que la prohibición en cuestión no tiene, en realidad, autonomía como derecho fundamental o humano, sino que es una manifestación del derecho a la libertad física y de trabajar de toda persona. Y en cualquier caso, dicha prohibición no tiene carácter absoluto y es buena prueba de ello que los propios documentos internacionales, como la DUDH o el CEDH, que la reconocen de modo expreso, o el artículo 12 LF, también le formulan de modo explícito ciertas "excepciones", esto es, límites y que, incluso más allá de tales excepciones previstas de modo expreso, se hace necesario un examen de la proporcionalidad para determinar si una conducta puede tener la consideración o no de trabajo forzado u obligatorio, tal y como la práctica del TEDH viene a poner de manifiesto con toda claridad. Sí que se trata, en cambio, a nuestro modo de ver, de una prohibición absoluta la de la esclavitud, que sería en realidad la prohibición que podría compararse, a estos efectos de sus límites, a la prohibición de torturas. Pero tampoco creemos que la prohibición de esclavitud constituya un derecho absoluto por no tener la autonomía necesaria para considerarla, en sentido estricto, como un derecho fundamental o humano independiente.

D) Podría también afirmarse que estamos ante un derecho absoluto en el caso de la prohibición de discriminación. También aquí ha de señalarse, en primer lugar, que dicha prohibición no constituye en realidad de por sí un derecho fundamental autónomo, sino que no es más que una formulación negativa del derecho a la igualdad que aparece así consagrada en numerosos textos constitucionales e internacionales.

A esta formulación negativa del derecho, debe añadirse otra peculiaridad. Se trata, en efecto, de un derecho que tiene también una estructura propia peculiar en cuanto que no tiene por objeto la protección de una determinada esfera, sector o ámbito de la vida de la persona, como es propio de los demás derechos fundamentales, sino que se refiere, aunque con diferente intensidad, a todos los ámbitos de la vida de la persona. En este sentido, suele decirse que es un derecho "relacional", esto es, un derecho puesto en relación con todos los ámbitos vitales protegidos por los restantes derechos fundamentales.

Pero nada de ello supone que se trate de un derecho absoluto, no sujeto a límites, como podría tenerse la tentación de concluir precipitadamente a partir, especialmente, de su formulación literal en los

textos constitucionales e internacionales. Lo que sí ocurre es que, por razón de su propia estructura, este derecho está sujeto a una modalidad especial, "peculiar", de limitación. Pero es, en cualquier caso, un derecho que sí conoce límites, pues se trata de un derecho que viene a prohibir, no cualquier diferenciación entre los ciudadanos, pues la igualdad así concebida, como una igualdad absoluta, a lo que en último término conduciría es a una igualdad genética, un objetivo por cierto cada vez menos irreal, si bien incluso entonces el "medio" o el "contexto" conduciría a ciertas desigualdades. La igualdad absoluta sería contraria a la dignidad de la persona y a su libertad, como también, por cierto, una libertad absoluta sería contraria a la dignidad humana, a la justicia y a la igualdad, sometiendo a la mayor parte de la población al dominio de una minoría económica y/o políticamente fuerte. El Derecho ha distinguido siempre en sus regulaciones, y debe hacerlo todavía hoy más, diversas "clases" o "categorías"<sup>64</sup> de personas respecto de la materia que en cada caso se vaya a normar, "clases" o categorías que el Derecho (ley o reglamento) puede seleccionar o también incluso crear. Así, por referirnos sólo a algunos supuestos evidentes muy generales, puede mencionarse que el Derecho Fiscal grava de manera distinta según el tipo de impuesto de que se trate y según el poder adquisitivo de las personas (progresividad fiscal), también las multas penales atienden a la solvencia o capacidad económica del delincuente, el Derecho civil tiene disposiciones especiales para los menores, y el Derecho Penal para los funcionarios, o distingue, con efectos muy diversos, entre los mayores y los menores de edad (a los que se reputa inimputables, nada menos<sup>65</sup>), etc.

No es, en efecto, una igualdad absoluta lo que el derecho a la igualdad pretende, sino sólo excluir aquellas diferenciaciones (y creación, con ello, de "clases" diversas de personas en cada ámbito) que, por no ser razonables, no estén justificadas, tratando igualmente los hechos y circunstancias que sean iguales y desigualmente los que sean desiguales. El legislador puede introducir diferenciaciones entre sus ciudadanos, y no sólo puede, sino que debe hacerlo, y de hecho así lo hace con absoluta cotidianeidad en todos los países del mundo, especialmente cuando se trata de Estados sociales y más incluso si cuentan con una formulación material de la igualdad como la global de nuestro artículo 9.2 CE, o como la parcial del mandato de igualación del hombre y la mujer del artículo 3.2 LF. El derecho a la igualdad sólo prohíbe que se establezcan, por así decirlo, diferenciaciones que resulten "desproporcionadas" por no tener una justificación objetiva y razonable y que por ello mismo no se justifiquen<sup>66</sup>.

---

64 Elimínese, en esta exposición, toda connotación peyorativa del concepto de clase, que hace referencia sólo a la "clasificación" de las personas, según factores diversos en cada caso, que puede deducirse de una norma o conjunto de ellas.

65 STC 286/1991, de 10 de octubre, FFJJ 2º ss, sobre el diferente tratamiento penal, en el Código Penal anterior, a los mayores de 18 años, los menores de 16 y los menores mayores de 16 años y su constitucionalidad.

66 Hago aquí referencia a la jurisprudencia del TEDH, que aplicaría por vez primera el principio de igualdad precisamente con relación al derecho a la no discriminación, y lo haría partiendo justamente de la práctica de los Estados democráticos: "Siguiendo los

Todas aquellas diferenciaciones que, en cambio, resulten razonables o, si se prefiere, "proporcionales"<sup>67</sup>, estarán justificadas y constituirán verdaderos límites al derecho a la igualdad; en ocasiones, incluso, tales diferenciaciones vendrán exigidas por el principio de igualdad (tratamiento desigual de lo desigual). Lo que resulta claro es que en ningún sistema constitucional se garantiza una igualdad absoluta, objetivo por lo demás en último término tan imposible como absurdo, sino una igualdad sometida a límites, y no sólo los "límites de lo real", sino también los límites establecidos por el legislador en cada país y momento en función de las diversas circunstancias políticas, sociales y económicas y, por supuesto, según la opción política y/o ideológica de cada Gobierno.

Las técnicas para controlar la limitación de la igualdad pueden, en suma, variar en los distintos sistemas constitucionales o internacionales, sobre todo en su forma y en su carácter más o menos explícito, pero la aplicación del derecho a la igualdad, o de la prohibición de discriminación, no conduce en ningún sistema a una igualdad absoluta, sino sólo relativa, es decir, sujeta a límites legítimos a ponderar en cada caso o en cada tipo de supuestos. Se trata de una igualdad que no prohíbe establecer diferenciaciones entre los ciudadanos, sino sólo diferenciaciones

---

principios que pueden extraerse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, [el Tribunal sostiene] que el principio de igualdad de tratamiento es violado si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe valorarse en relación al objetivo y efectos de la medida a considerar, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en una sociedad democrática. Una diferencia de tratamiento en el ejercicio de un derecho reconocido por la Convención no sólo debe perseguir un objetivo legítimo: el artículo 14 es igualmente violado cuando está claramente establecido que no hay ninguna relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende realizar". STEDH de 23 de julio de 1968 ("sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga"), §10. La referencia a las discriminaciones *en el ejercicio de un derecho reconocido por la Convención* se explica por la limitación expresa del artículo 14 CEDH. También nuestro TC señala que "el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y las diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas a dicho fin" (STC 158/1993, de 6 de mayo, FJ 2º).

67 Sobre la aplicación explícita del principio de proporcionalidad al derecho a la igualdad en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, véase Lothar Michael, "Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zur Dogmatik der Eingriffs-Schranken und des allgemeinen Gleichheitssatzes", *Jus*, 1999 (en prensa). El TCFA aplica el principio de proporcionalidad al principio de igualdad, desde que da a éste su tan traída "nueva fórmula" en BVerfGE 55, 72, 88. Sobre la oportunidad de hablar de límites con relación al derecho a la igualdad o al principio de no discriminación, véase la obra de Michael Sachs, *Grenzen des ... in toto*. En cuanto al TC y al TEDH, véase la nota anterior. Sobre ello, véase Francisco Rubio Llorente, "La configuración de los derechos fundamentales en España", en el *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, vol. II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, p. 1330.

"injustificadas" o "irrazonables". Dentro de esos márgenes, son muchas las posibilidades de configuración y limitación de la igualdad que se dejan al Estado. Lo que en ningún caso será posible es, más bien, justamente una igualdad absoluta. Es más, y llevando las cosas al extremo, la propia igualdad "real y efectiva" viene a exigir precisamente con frecuencia un trato desigual por parte del legislador, lo que encuentra una clara cobertura constitucional en cláusulas como la llamada "Lelio Basso" de la Constitución italiana o su homóloga en el artículo 9.2 de nuestra Constitución.

Ello es así incluso cuando la propia formulación del principio de no discriminación (así, el artículo 14 CE, por ejemplo) establece de manera expresa, como es frecuente, ciertos motivos concretos por los que se prohíbe la discriminación (por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, etc). Tampoco entonces, con relación a tales supuestos, cabe entender que se trate de una prohibición absoluta. Podrá aplicarse en tales casos un "escrutinio estricto" o control más intensivo, como hace el Tribunal Supremo norteamericano con las llamadas "categorías sospechosas" de diferenciación, pero también en función de tales motivos (sexo o religión, por ejemplo), salvo que los concibamos como categorías "prohibidas" y no sólo sospechosas, pueden establecerse diferenciaciones *legítimas* entre los ciudadanos<sup>68</sup>.

Naturalmente que la prohibición de discriminación por motivos concretos podría encontrar algún motivo por razón del cual no esté justificada una diferenciación entre los ciudadanos en ningún caso: alguna categoría no simplemente sospechosa, sino inadmisibles en todo caso para diferenciar entre los ciudadanos. Pero incluso en esa hipótesis, aunque estaríamos ante una prohibición absoluta de discriminación, se trataría en todo caso de una prohibición que carecería de autonomía, como tal, de derecho fundamental o humano, siendo simplemente una manifestación concreta de un derecho global a la no discriminación o a la igualdad, resultado de una ponderación ya realizada.

Al respecto, nos parece muy ilustrativa la experiencia del TEDH. Este Tribunal tuvo que enfrentarse desde su primera jurisprudencia a ciertas pretensiones de que la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH en el ejercicio de los derechos del Convenio se interpretase poco menos que en un sentido absoluto, especialmente a la luz de la versión francesa que prohibía toda "distinción" (*sans distinction aucune*), frente a la inglesa, igualmente auténtica, que prohibía sólo toda "discriminación" (*without discrimination*). El Tribunal no sólo señalaría que la versión francesa debe ser corregida a la luz de la inglesa, sino que "además, y

---

68 Por ejemplo, con respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, dice nuestro TC que "aunque el sexo aparece entre las causas de discriminación expresamente previstas en el art. 14 CE, no siempre resulta relevante desde el punto de vista de la desigualdad de trato proscrita constitucionalmente. En ocasiones puede ser tomada en consideración sin que padezca el principio de igualdad. Concretamente, en materia de pensión de viudedad, el sexo puede operar como un criterio de diferenciación siempre que se apoye en una fundamentación objetiva y razonable" (STC 5/1994, de 17 de enero, FJ 3º).

sobre todo, se llegaría a resultados absurdos si se diese al artículo 14 una interpretación tan amplia como la que su versión francesa parece implicar. Se llegaría así a considerar contrarias al Convenio cada una de las numerosas disposiciones legales o reglamentarias que no aseguran a todos una completa igualdad de trato en el goce de los derechos y libertades reconocidos. Ahora bien, las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho<sup>69</sup>.

E) También cabría sostener que el derecho a un juicio justo (artículo 6 CEDH o 24 CE) es un derecho absoluto, pues con relación al mismo los textos constitucionales e internacionales que lo reconocen no suelen formular ninguna clase de limitación expresa. También aquí puede aludirse a la propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con relación al artículo 6 CEDH. Como se dice en el caso *Lithgow y otros*, resumiendo doctrina anterior: "a) el derecho de acudir a los tribunales, garantizado por el artículo 6.1, no es absoluto; puede estar sujeto a limitaciones implícitamente admitidas, ya que 'pide por su propia naturaleza, una regulación por el Estado, regulación que puede variar en el tiempo y en el espacio, según las necesidades y los medios de la sociedad y de las personas'; b) los Estados contratantes, al establecer dicha regulación, disfrutan de algún margen de apreciación, pero corresponde al Tribunal resolver, en última instancia, si se han cumplido las exigencias del Convenio. Debe convencerse de que las limitaciones aplicadas no constriñen o reducen la franca posibilidad de comparecer de tal forma, o hasta tal punto, que se lesione al derecho en su propia esencia; c) Más aún, una limitación así sólo será compatible con el artículo 6.1 CEDH si persigue un fin legítimo y si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se busca lograr"<sup>70</sup>.

Por ello, es legítimo, por ejemplo, que una ley establezca para las controversias sobre las indemnizaciones con ocasión de una nacionalización un procedimiento *colectivo* en el que las partes, ante el Tribunal arbitral, eran, de un lado, el Ministro competente, y de otro, el representante de los accionistas, designado por el conjunto de estos. La restricción al derecho de comparecer individual y directamente, y no colectivamente e indirectamente como la ley imponía, es legítima en cuanto que pretendía "evitar, en el ámbito de una nacionalización de grandes dimensiones, la profusión de reclamaciones y procedimientos promovidos por tal o cual accionista" y no es desproporcionada en atención a las facultades y deberes del representante y al margen de apreciación del Estado<sup>71</sup>. También, por ejemplo, "la salud mental puede hacer legítimas

---

69 STEDH de 23 de julio de 1968 (*sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga*), §10.

70 STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*), §194.

71 STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*), §197.

ciertas limitaciones al ejercicio del 'derecho a un tribunal'<sup>72</sup>.

En cualquier caso, es particularmente importante diferenciar aquí entre las intervenciones en el derecho fundamental y los elementos conformadores del mismo, en la medida en que no existe ninguna tutela judicial efectiva "natural" o "previa" en la cual se produzca la "intervención" de las normas jurídico-procesales sobre la capacidad procesal de las partes, la legitimación, la asistencia de abogado, los plazos (para accionar y dictar sentencia, entre otros muchos), vinculación a las sentencias de otros tribunales, cosa juzgada, recursos, reparto, órdenes jurisdiccionales, etc. A juicio de Pieroth y Schlink, sólo son intervenciones en el derecho en cuestión los obstáculos al acceso a los tribunales o al proceso ante ellos que sean inadecuados, no ordenados por la funcionalidad de la administración de justicia y de la seguridad jurídica y no sean admisibles legalmente para la búsqueda de la protección jurídica<sup>73</sup>.

Respecto del derecho a una resolución de fondo, como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), hay que decir con Díez-Picazo que "no es un derecho incondicionado", sino supeditado al cumplimiento de todo un conjunto de lo que nuestro TC llama, en un sentido lato, "requisitos procesales" legalmente establecidos, que incluyen tanto lo que la doctrina procesalista designa como presupuestos procesales (que condicionan la validez del entero proceso), como los presupuestos, requisitos y condiciones de cada concreto acto procesal: jurisdicción, competencia, capacidad, representación, recursos administrativos, legitimación por interés legítimo, procedimiento adecuado, litispendencia, requisitos de tiempo, lugar y forma de los actos procesales, etc. El incumplimiento de tales requisitos "implica la carencia de ese derecho a un pronunciamiento de fondo y, en consecuencia, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se verá respetado si el órgano judicial dicta una resolución en la que aprecie la falta de algún requisito procesal"<sup>74</sup>.

---

72 STEDH de 24 de octubre de 1979 (*Winterwerp*), §§60-61.

73 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, C. F. Müller, Heidelberg, 1998, p. 258.

74 Para la fijación de esos requisitos procesales goza el legislador de un amplio margen de libertad, pero, conforme a la doctrina de nuestro TC, no puede establecer requisitos arbitrarios, absurdos o, en suma, desproporcionados, por no existir proporción entre la finalidad perseguida y la carga que su cumplimiento supone para el justiciable o entre la entidad del requisito y la consecuencia jurídica anudada a su incumplimiento, y ello porque los requisitos procesales no pueden constituir un fin en sí mismos, sino que son claramente instrumentales de una adecuada administración de justicia (SSTC 32/1991, 48/1995 y 76/1996). Esta misma doctrina es predicable también, en lo esencial, respecto del derecho a los recursos (cuando existan legalmente), si bien últimamente ha dado un cierto giro jurisprudencial en el sentido de que las exigencias constitucionales son menores respecto de los requisitos procesales en el nivel de los recursos que en el del acceso a la justicia (y también una menor intensidad en el principio *pro actione*): SSTC 37/1995, 53/1996, 70/1996, 74/1996, 111/1996, 128/1996. Y, volviendo al nivel del acceso a la justicia, debe decirse que en el ámbito penal, según señala Díez-Picazo, el cumplimiento de los requisitos procesales es condición necesaria para que se produzca una resolución de fondo, pero no suficiente, sino que el derecho a la tutela judicial

En cuanto al derecho al juez predeterminado por la ley, el TC también ha admitido, siguiendo la doctrina de la *Corte Costituzionale*, ciertos límites o excepciones: "De la doctrina expuesta no puede desprenderse, sin embargo, que la predeterminación del Juez impida que toda modificación orgánica o funcional, cualquiera que sea su alcance o contenido, pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados pendientes de resolución, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad del Juzgador, habrá de admitirse que cuando estas modificaciones se realicen por norma de rango adecuado, con criterios objetivos y de generalidad y dentro de la jurisdicción ordinaria, existe una presunción fundada de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad de los Jueces y, por tanto, no resulta contraria al derecho al Juez predeterminado por la ley, sin perjuicio de que las circunstancias del caso pudiera apreciarse lo contrario. [ ] La predeterminación del Juez no puede interpretarse rígidamente, de suerte que impida que las normas de carácter general sobre la organización judicial y competencia de los Jueces y Tribunales adquieran efectos temporales inmediatos, pues ello no sólo crearía importantísimas disfuncionalidades en la Administración de Justicia, subordinando la plena eficacia de las reformas hasta tanto concluyesen los procesos judiciales en curso e implicando una duplicidad de órganos o competencias que se prolongaría durante años, sino también porque esa rígida comprensión del concepto predeterminación no se corresponde con el espíritu y finalidad que inspira el derecho fundamental cuestionado, en tanto no resulte comprometida la imparcialidad del Juzgador o se desvirtúe la razonable presunción de que ésta no queda afectada dadas las características en que se inserta la modificación operada"<sup>75</sup>.

Y en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto atributivo de competencia jurisdiccional (constitución de Audiencia Provincial con un sólo magistrado en la apelación de juicio verbal), el TC precisa "las consecuencias" de tal declaración: "los efectos de esta decisión no pueden entrañar, en modo alguno, la revisión de los procesos ya fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación del mencionado precepto, por no tratarse aquí de uno de los procesos indicados en el art. 40.1 LOTC, sino de materia civil.

---

efectiva se reduce en este ámbito a "un *ius ut procedatur*, es decir, el derecho a constituirse en parte acusadora, formular acusación y realizar aquellas actividades procesales —de alegación, de prueba, de interposición de recursos, etc.— que el legislador haya establecido", sin ningún tipo de garantía de que se juzgue a la persona acusada. "El ejercicio de la acción penal es perfectamente compatible con las potestades judiciales que habilitan para poner fin al proceso de forma anticipada a la emisión de una sentencia, por apreciar el órgano judicial, ya sea que el hecho imputado no constituye infracción penal alguna o ya sea que no existen indicios suficientes para imputar el hecho a persona alguna". Seguimos, básicamente, la exposición de Ignacio Díez-Picazo Giménez, "Artículo 24. Garantías procesales", en Oscar Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III (*Artículos 24 a 38*), Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1996, pp. 33, 41, 44.

<sup>75</sup> ATC 381/1992, de 14 de diciembre, FFJJ 3º-4º.

De manera que las consecuencias de nuestro fallo sólo han de operar respecto a los recursos contra resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de Primera Instancia que aún no han sido resueltos por las Audiencias Provinciales en la fecha prevista en el art. 38.1 LOTC<sup>76</sup>.

En lo que respecta al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, existe una clara relación tensa entre este derecho y el derecho a la tutela judicial efectiva y, como dice nuestro TC, "corresponde al legislador ordenar el proceso de forma que se alcance el difícil equilibrio entre su rápida tramitación y las garantías de la defensa de las partes y dar los medios legales para que el Juez pueda evitar las maniobras dilatorias", si bien, en cualquier caso, al juez no se le autoriza a privar a las partes de posibilidades de defensa legalmente previstas aunque sea "con la laudable finalidad de cortar excesivas dilaciones en el proceso"<sup>77</sup>.

En lo que se refiere al derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, nuestro TC ha entendido que no resulta afectado por medio de las pruebas de alcoholemia<sup>78</sup>. Ello resulta, sin embargo, muy cuestionable, habida cuenta de su carácter obligatorio (la negativa constituye infracción administrativa o delito, aunque no pueda utilizarse la fuerza física) y de que en tales supuestos lo fundamental, a nuestro modo de ver, es que es el propio individuo la fuente de incriminación, por lo que sí resultaría afectado el derecho arriba mencionado, siendo cuestión distinta la de la legitimidad de tal intervención en el derecho. En cualquier caso, el propio TC, aun reconociendo que este derecho fundamental se proyecta tanto en el proceso penal como en el procedimiento administrativo sancionador<sup>79</sup>, ha admitido modulaciones en su aplicación en el segundo caso. Y así, estimó que no es contraria al art. 24.2 CE la obligación, impuesta legalmente, al propietario de un vehículo con el que se ha cometido una supuesta infracción de tráfico, de identificar, a requerimiento de la Administración y cuando no hubiera sido posible determinar la identidad del conductor en el acto de formular la denuncia, a la persona que lo conducía en aquel momento, tipificándose como infracción autónoma el incumplimiento sin causa justificada de dicho deber de identificar al conductor. Pues bien, entiende el TC que en los casos en que el propietario y el conductor del vehículo sean una misma persona no se vulnera el derecho a no declarar contra uno mismo porque a tal persona "no se le impone el deber ni de efectuar declaración alguna sobre la infracción, ni de autoinculparse de la misma, sino únicamente el de comunicar la identidad de quien realizaba la conducción", con la única finalidad de "identificar a la persona contra la que se dirigirá el procedimiento sancionador"<sup>80</sup>, pero, en realidad, si se lee bien la sentencia se observa que el TC lleva a cabo en realidad un pormenorizado examen

---

76 STC 254/1994, de 21 de septiembre, FJ 6º.

77 STC 17/1983, de 11 de marzo, FJ 3º.

78 SSTC 103/1985, de 4 de octubre, FJ 3º; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 2º; 76/1990, de 26 de abril, FJ 10º.

79 SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 2º y 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7º.

80 STC 197/1995, de 21 de diciembre, FFJJ 3º y 7º.



de la proporcionalidad de la medida, valorando especialmente el hecho de que, en las hipótesis contempladas por el precepto, si no se exigiera la colaboración del titular del vehículo sería imposible determinar la responsabilidad y con ello se dificultaría notablemente la labor de garantía de la seguridad vial de los poderes públicos, con el consiguiente incremento del peligro para la vida e integridad de las personas que ello conlleva. Es claro que nos encontramos ante un límite legítimo al derecho a no declarar contra sí mismo, por más que el TC se esfuerce en defender que en realidad tal derecho no se ve afectado.

F) También se ha sostenido que la libertad de conciencia es un derecho fundamental no sujeto a limitaciones de ninguna especie<sup>81</sup> por tratarse de un derecho personalísimo en cuyo ejercicio no es precisa ninguna manifestación externa que pueda entrar en conflicto con los derechos de los demás o con el orden público.

Y en efecto, hay que reconocer que en el caso de la libertad de conciencia y de pensamiento (y comprendemos aquí la libertad religiosa y la ideológica o de pensamiento) nos encontramos ante un reducto último de la personalidad en su faceta espiritual, como la vida y la integridad física lo son de persona en su aspecto puramente físico. Ello, sin embargo, tal y como ya hemos adelantado en un momento precedente, no autoriza a sostener que nos hallamos ante un derecho de carácter absoluto, no sujeto a limitaciones. Lejos de ello, hemos de coincidir por completo con Hesse en señalar que "ninguna Constitución puede evidentemente garantizar la libertad de conciencia de modo ilimitado, pues de otro modo no sería posible la convivencia jurídicamente ordenada dentro de la comunidad"<sup>82</sup>.

La alteridad es una característica intrínseca de lo jurídico y, por ello, sólo los derechos "con contacto social o eficacia frente a otros interesan a los juristas y pueden ser objeto del ordenamiento constitucional", por expresarlo con unas nítidas palabras ya citadas de Betterman<sup>83</sup>. En sentido técnico, al Derecho sólo le interesan las conductas que pueden producir efectos en la realidad social en que el hombre vive. La entrada en el campo estricto de la conciencia o el pensamiento, esto es, en la interioridad de cada hombre, en su "fuero interno" sólo sería posible para

---

81 Así se sostuvo ya por los revolucionarios americanos, que en realidad, como después trataremos de explicar, sólo concebían la existencia de un derecho verdaderamente "inalienable", que era la libertad de conciencia. Así lo defendió el ministro baptista Stillman, políticamente activo y profundamente influido por Locke (como se observará en el propio pasaje citado), en el *Massachusetts Election Sermon* que se le invitó a dar en 1779: sólo la libertad de conciencia reclama "una exención completa de toda jurisdicción humana: porque sus fines, sus ceremonias, e intereses son superiores a todos los fines de la asociación civil; y sujetarla al poder del hombre es incoherente con la propia esencia de la religión". Pero, como veremos enseguida, se aludía también aquí a la dimensión no-jurídica de la libertad de conciencia. También en nuestra doctrina se sostiene por algunos que "la intimidad de las propias creencias" no colisiona "con ningún otro derecho ni bien jurídicamente protegido", por lo que se trataría de un derecho absoluto. Así, Antonio Torres del Moral, *Principios...*, cit., p. 364.

82 Konrad Hesse, *Grunzüge des Verfassungsrechts...*, ed. 1995, cit., p. 168.

83 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 8.

quien sostenga un concepto absolutamente totalitario del Derecho, pero aún para quien así pudiera pensar, la entrada en esa esfera íntima de la persona sería puramente ideal, pues es claro que la conciencia humana no admite limitación eficaz alguna, al menos no de modo directo y al día de hoy. Como un tanto de pasada ha reconocido nuestro TC: "No se trata, en el caso de que conocemos, de que se haya negado a la demandante esa libertad íntima, *por lo demás incoercible*"<sup>84</sup>.

Pero ésa no es, ni siquiera aproximadamente, la cuestión. El campo íntimo de la conciencia y el pensamiento es un campo que no sólo resulta inaccesible por imposición de la realidad espiritual humana al Derecho, sino que se trata sobre todo de que es un campo en que el Derecho no puede ni debe entrar pues, al no haber interacción con otros sujetos, es un campo que no interesa, simplemente, no debe interesar al Derecho<sup>85</sup>, desde luego no al Derecho propio de una sociedad democrática salvo, como enseguida veremos, desde una perspectiva negativa, esto es, como inmunidad de coacción<sup>86</sup>, para impedir precisamente que otros traten de entrar, siquiera por vía indirecta (única posible), en ese ámbito sagrado que es la conciencia y el pensamiento de cada hombre, su interioridad personal.

A la vista de lo anterior, resulta que las únicas dimensiones jurídicas, y de interés para el Derecho (constitucional, en este caso), de la libertad de conciencia y de pensamiento son, a nuestro modo de ver, dos<sup>87</sup>:

84 STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2º, cursiva nuestra.

85 En este sentido, puede entenderse que se diga que "para las decisiones de conciencia sin efectos sociales, el derecho fundamental a la libertad de conciencia sería prácticamente inútil". Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 126, citando a Zippelius. Véase, también, Luis Prieto Sanchís, "La limitación de los derechos...", cit., p. 463.

86 Ya Gil y Robles hablaba de la libertad de conciencia como "inmunidad de coacción exterior". Enrique Gil y Robles, *Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y el Derecho cristianos*, Imprenta Salmanticense, Salamanca, 1899, tomo I, p. 257.

87 Con todo, no siempre será claro si nos hallamos ante uno u otro supuesto o incluso ante una posible concurrencia de derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en el caso resuelto por BVerfGE 80, 367 ss., sobre la utilización en un proceso penal de un diario personal de una persona acusada de violación y asesinato en el que su autor y dueño había escrito (en varios cuadernos y hojas sueltas) sus deseos de violar y asesinar a una mujer. El propio diario, su análisis psicológico y el del acusado fueron indicios claves para probar los hechos y la culpabilidad y, por ello, para condenar al acusado. El TCFA consideró legítima su utilización en una sentencia muy controvertida, y con empate técnico en su votación (cuatro a cuatro) por entender que no entraba en el "ámbito intangible de la personalidad" porque las observaciones o pensamientos personales se encuentran de forma escrita y con ello merced a ser encontrados por otros y porque los apuntes se refieren a situaciones estrechamente ligadas con un delito; y su utilización fue, por otra parte, proporcionada (derecho de la personalidad versus esclarecimiento de los delitos y principio constitucional de culpabilidad, atendida de manera probablemente decisiva la gravedad del delito). Los magistrados discrepantes consideraron, por el contrario, que el diario (que no contenía datos concretos sobre el delito en cuestión, sino datos que describían la disposición del acusado a cometer un delito como el que era objeto del proceso) sí entraba dentro del ámbito inviolable o

1) ante todo, aquella dimensión por la que esa libertad pretende exteriorizarse e ir más allá del ámbito íntimo en grado sumo de la conciencia para manifestarse en la sociedad, para exteriorizarse y también para actuar conforme a la propia conciencia: es el llamado "*forum externum*". Y resulta obvio que estas manifestaciones de la libertad de conciencia tienen que encontrar necesariamente ciertos límites, como de hecho se admite en el Derecho Constitucional de todos los países<sup>88</sup> y también en el ámbito internacional sobre derechos humanos, sin perjuicio de excluir de entrada toda violencia o coacción<sup>89</sup>.

2) También interesa al Derecho la libertad de conciencia o de pensamiento, incluso cuando no llega a exteriorizarse ni pretende hacerlo (*forum internum*), en cuanto pueda pretenderse desde fuera ejercer algún tipo de coacción, física o moral, o violencia sobre la conciencia o el pensamiento. A ella se refiere nuestro TC cuando señala que "la libertad ideológica [...] no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones"<sup>90</sup>. Y Moreno García, comentando esta jurisprudencia, señala que "esta dimensión interna garantizaría, pues, el libre pensamiento del individuo reducido a su más pura internalidad, esto es, sin proyección hacia el exterior. En nada debe extrañar, por ello, que la doctrina afirme con frecuencia que en esta dimensión interna la libertad ideológica es un derecho ilimitado". Sin embargo, sigue diciendo dicho autor, "esa definición elaborada por la jurisprudencia constitucional, y doctrinalmente admitida sin reservas, nos parece una postura ciertamente criticable, pues habría que decir que la misma, entendida con ese concretísimo alcance, no constituye auténtico contenido normativo" pues se refiere a una materia "no [...]"

intocable de la personalidad o intimidad por cuanto el mero hecho de que el pensamiento se haya expresado por escrito no elimina su carácter de íntimo, por lo que no era constitucionalmente legítima su utilización en el proceso penal contra la voluntad del acusado. Sobre este caso se centran las reflexiones de Nils Jansen sobre la ponderación en su artículo "Die Abwägung von Grundrechte", *Der Staat*, Band 36, Nr. 1, 1997, pp. 27 ss.

88 Véase, por ejemplo, para España, Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 296; para Alemania, Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 262 ss.

89 Así, el artículo 522 CP sanciona a los que empleen violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo para impedir a un miembro de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profese, o asistir a los mismos; así como a los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen. Y más en general, el artículo 172 CP sanciona el delito de coacciones, que comete quien, sin estar legítimamente autorizado, impida con violencia a otro hacer lo que la ley no le prohíbe, o le compela a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, previéndose un tipo agravado cuando se trate de impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

90 "Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos". STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10º.

susceptible de juridificación", por lo que se trata de una dimensión inútil del derecho fundamental<sup>91</sup>. Alexy ha analizado la cuestión desde una perspectiva más general, no limitada a la libertad religiosa o de conciencia (a las que ni siquiera menciona), en unas reflexiones que, sin embargo, nos parecen perfectamente suscribibles como corroboración de lo que venimos diciendo: "Cabe preguntar si hay un ser o un comportamiento de una persona que en ningún respecto afecte la esfera de otras o los intereses de la vida en comunidad. Con independencia de la respuesta que se dé a esta pregunta, puede decirse que, si hay tales casos, se trata de casos que no pueden dar lugar a una polémica seria pues, ¿quién habría de querer restringir algo que no lo afecta en ningún respecto ni a él ni a los demás y tampoco los intereses de la comunidad?"; se trataría de asuntos sin ningún "sentido práctico"<sup>92</sup>.

Por nuestra parte, no creemos que haya de llegarse necesariamente a la consecuencia a la que llega Moreno García. La llamada dimensión interna de la libertad ideológica o de conciencia sí que interesa al Derecho pues, aunque no exista, hoy por hoy, materialmente ninguna posibilidad de intromisión eficaz directa sobre la conciencia en su sentido puramente íntimo, sí que es posible concebir intromisiones indirectas en la conciencia o el pensamiento en el sentido susodicho<sup>93</sup> y obviamente se trata de intromisiones en todo caso ilegítimas (*cogitationis poenam nemo patitur*: no puede castigarse el pensamiento), debiendo por ello el Derecho intervenir para prohibir de modo absoluto dichos actos, por más que los mismos no puedan nunca ser plenamente eficaces, pues no hay forma humana de impedir al sujeto permanecer, en el fuero más íntimo de su conciencia o en su pensamiento, absolutamente impermeable a los más despiadados intentos de entrar en ella desde fuera para cambiarla, destruirla o, simplemente, para obligar al sujeto a exteriorizar algún aspecto de sus convicciones de cualquier tipo (reales o las que se le pretende obligar a tener) en contra de su voluntad<sup>94</sup>. Y por otra parte, la libertad de

---

91 Antonio Moreno García, "Significado constitucional de la libertad ideológica", ADCP, núm. 7, 1995, pp. 118-119.

92 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 351.

93 Podría serlo una infracción penal, por ejemplo. Pero al respecto, y precisamente por ello, se distinguen dos fases en que se desenvuelve la historia de todo delito: una interna y subjetiva y otra externa y objetiva. El delito surge como idea en la mente del autor que resuelve ejecutarla. La ideación, la deliberación y la resolución de delinquir (la llamada *voluntas scaeleris*) escapa a toda sanción jurídica. La resolución criminal, mientras permanece en lo interno del sujeto, en el ámbito de la conciencia, no está sometida al control de la justicia penal: *cogitationis poenam nemo patitur*. Y la razón principal es que no produce ninguna perturbación en el mundo exterior, que es el que el Derecho regula. Piénsese, también, en un lavado de cerebro con finalidades religiosas o ideológicas. Véase, sobre ello, María Luisa Maqueda Abreu, "Sectas y Derecho Penal: una aproximación a su análisis desde la jurisprudencia de los tribunales", en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, pp. 200 ss.

94 Es de destacar, en este sentido, la adopción en junio de 2000 por el Parlamento francés de una reforma legal que incorporó a su ordenamiento penal el delito de "manipulación mental", conducta que se define como ejercer sobre una persona

conciencia no excluye la influencia o incidencia sin coacción en la conciencia, sino que más bien presupone una formación de esa conciencia en la familia, la escuela, laica o religiosa. Como dice el artículo 39 de nuestra Constitución, a los padres asiste el derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones. Pero la Constitución no excluye tampoco, sino que más bien presupone, otro tipo de influencias, inevitables por lo demás, en la conciencia, aunque sin coacción.

Y no es preciso aclarar que incluso la eventual existencia de una prohibición absoluta (de coacciones o violencia de cualquier tipo para influir en la conciencia o el pensamiento), en este caso no proclamada formalmente por separado en los textos jurídicos, no autoriza a sostener que nos hallamos ante un derecho fundamental de carácter absoluto, pues la citada prohibición no tiene autonomía como derecho fundamental, sino que sólo es una faceta del derecho fundamental a la libertad de conciencia o de pensamiento, entendida aquí como inmunidad de coacción.

En cuanto a si es un derecho fundamental absoluto el derecho a no declarar sobre la ideología, religión o creencias<sup>95</sup>, hay que decir que, aunque este derecho en realidad más que nada es un límite a los límites a la libertad de conciencia, también admite ciertos límites o excepciones legítimas, como pueda ser la necesidad de que el objetor de conciencia al servicio militar exteriorice las razones de su conciencia que le llevan a objetar<sup>96</sup>, o de que un ciudadano que quiera destinar la llamada "asignación tributaria" a la Iglesia Católica o a otra confesión religiosa, deba exteriorizarlo en su declaración de la renta.

G) En cuanto a la dignidad de la persona como derecho fundamental no sujeto a limitaciones, debe decirse que la misma, en realidad, es algo más y algo "menos" que un derecho fundamental. "Algo más", porque es fundamento y fuente de la que beben los derechos fundamentales, la mayor parte de los cuales, si es que no todos ellos, encierra un núcleo irreductible de la dignidad de la persona.

"Algo menos", porque somos bastante escépticos acerca de la operatividad real de la concepción de la dignidad de la persona como derecho subjetivo en sentido técnico-jurídico, algo que en todo caso sólo es posible por la vía de succionar a otros derechos fundamentales parte de su contenido para hacerlo propio de la dignidad de la persona, entendida ya como derecho. Y si entrecomillamos ese "algo menos" es porque

"presiones graves y reiteradas o utilización de técnicas orientadas a alterar su razón para llevarla, de buen o mal grado, a un acto o a una abstención que le es gravemente perjudicial".

<sup>95</sup> Así, Antonio Torres del Moral, *Principios...*, cit., p. 364.

<sup>96</sup> STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5º. Así lo entienden, por ejemplo, Jorge de Esteban y Pedro J. González-Trevijano, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 51: se trata de "un derecho que sólo se puede ejercitar si se renuncia al derecho al secreto de creencias reconocido en el artículo 16.2 CE". Desde nuestro punto de vista, no se trata, en cualquier caso, de una renuncia al derecho en toda su extensión, sino justamente en la medida en que resulte indispensable para una objeción de conciencia "con todas las garantías".

pensamos que considerar la dignidad de la persona un derecho fundamental más, supone en realidad degradarla e ignorar su carácter "fundante" de todo el sistema de derechos fundamentales (que se "fundan" y derivan de ella, por lo que cualquier violación, o al menos las más graves, de uno de ellos es, en último término, una violación, más o menos directa, de la dignidad de la persona) y su funcionamiento más bien como límite último a cualquier limitación o afectación a los mismos. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha dicho que el hecho de que el artículo 10.1 CE eleve a la "dignidad de la persona" y a "los derechos inviolables que le son inherentes" a la categoría de "fundamento del orden político y la paz social", no significa ni que todo derecho le sea inherente, ni sobre todo tampoco que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad"<sup>97</sup>.

Es preciso, sin embargo, reconocer que en varios ordenamientos distintos al español se ha considerado a la dignidad de la persona como un verdadero derecho fundamental autónomo, sosteniéndose que se trata, además, de un derecho fundamental absoluto. En esta línea, debe mencionarse, ante todo, el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que es el artículo que encabeza la Constitución y proclama, en términos rotundos, que "la dignidad de la persona es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público".

Y aunque desde una perspectiva dogmática tenemos muy serias dudas acerca de la oportunidad de la construcción de ese derecho fundamental autónomo<sup>98</sup>, y en la propia doctrina alemana no faltan autores importantes que, con fundamento, defienden que no nos hallamos ante un derecho fundamental<sup>99</sup>, hemos de señalar que, incluso partiendo de la

97 STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3º.

98 Otra cosa es que su formulación pueda servir, en conexión quizás con el libre desarrollo de la personalidad, como vía para el reconocimiento de otros derechos fundamentales constitucionalmente atípicos, al menos a partir del artículo 10.1 CE, postura ésta hoy rechazada por nuestro Tribunal Constitucional y por la doctrina dominante pero que nos parece, pese a todo, suscribible, especialmente cuando se produzcan desarrollos sociales y tecnológicos, acaso hoy no previsibles, que hagan surgir nuevos ámbitos en la esfera vital del hombre necesitados de una especial protección. Ello no es nada original, pues ése es justamente el papel que, en el fondo, y con absoluta normalidad, cumple el artículo 2.1 LF en Alemania y podría también, a nuestro juicio, cumplir el artículo 10.1 CE, en una interpretación sistemática con el artículo 1.1 CE (valor libertad). Pero una cosa es que la dignidad de la persona pueda ser fuente para el reconocimiento de otros derechos concretos y otra muy diferente es que sea en sí misma un derecho fundamental.

99 Dreier, por ejemplo, sostiene que la dignidad de la persona no constituye un derecho fundamental. Y para ello se apoya en su absoluta indeterminación, así como en el hecho de que la LF, después de reconocer en el apartado 1 de su artículo 1 la dignidad "intangible" del hombre, establece que "los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de Derecho directamente aplicable", con lo que se alude a los derechos "que siguen", no a la dignidad de la persona proclamada ya con anterioridad en el apartado 1 del mismo artículo. Horst

hipótesis de que la dignidad de la persona pueda considerarse un derecho fundamental, no cabría sostener que nos encontremos ante un derecho no sujeto a limitaciones. Sea la dignidad como tal, sean (más atinadamente, desde nuestro punto de vista) los concretos derechos fundamentales (incluidos los atípicos o no escritos en la Constitución) reconocidos como derivados de la dignidad de la persona, es preciso que el Derecho reconozca la existencia de ciertos límites.

Por lo pronto, y como también en Alemania ha destacado Von Münch, "como quiera que el derecho fundamental de la dignidad de la persona protege el sentimiento de autoestima de la persona, propiamente debería ser decisivo [para valorar si hubo, o no, violación de la dignidad humana] el sentimiento del afectado, no el criterio de terceras personas no implicadas" pero, al mismo tiempo, "este principio no puede conducir a que se conceda protección a sentimientos exagerados"<sup>100</sup>. Ello supone, de algún modo, señalar unos límites objetivos a partir de los cuales se entienda no afectada la dignidad humana, pese al sentimiento del afectado, aunque más bien lo que ocurrirá en muchos casos es que sí se viole esa dignidad si bien con una "baja intensidad"<sup>101</sup>. Y cabría asimismo plantear si existe también un umbral mínimo protegido de dignidad humana. En esta línea, cabría entender<sup>102</sup> la sentencia del Tribunal Federal de lo

---

Dreier, "Artikel 1 I", en id. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Band I, J.C.B. Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, pp. 117 ss. Hesse, por su parte, no niega expresamente que estemos ante un derecho fundamental pero, desde luego, en su Manual, no aborda la dignidad personal entre los derechos fundamentales en el mismo estudiados, lo que justifica con esta escueta, pero reveladora, afirmación: "Se ha renunciado a una discusión más extensa del artículo 1 LF, porque el centro de gravedad de este artículo reside en su función como fundamento del orden constituido por la Ley Fundamental, mientras que en la aplicación jurídica práctica se pospone a los derechos fundamentales especiales". Konrad Hesse, *Grundzüge ...*, p. 162. Sí que hace, en cambio, una exposición de la dignidad de la persona en la parte de su Manual dedicada al estudio de los fundamentos del orden constitucional alemán. En cualquier caso, la postura dominante es la de considerar a la dignidad un derecho fundamental. Es probable, a nuestro juicio, que toda esta concepción esté muy influida, acaso con razón, por la experiencia histórica alemana, pues es claro que la proclamación de la dignidad humana como valor supremo en el mismo frontispicio constitucional es, junto a otros elementos de la LF, en primer término una reacción frente al nacionalsocialismo. Pero en el fondo, también el TC y quienes sostienen que la dignidad es un derecho fundamental, en realidad vienen a hacerla operar más bien como fuente de derechos fundamentales atípicos.

100 Ingo Von Münch, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", REDC, año 2, núm. 5, mayo-agosto 1982, p. 22.

101 Así, en el caso de un soldado-músico que recibe la orden de participar, junto con su unidad, en un desfile de carnaval, el Tribunal Disciplinario Supremo alemán consideró que no se había violado su dignidad en contra de la opinión del propio soldado (aunque el Tribunal apreció una violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad). Tampoco se aprecia, por el Tribunal Constitucional de Hesse, violación de la dignidad humana en el caso de rechazo, sin expresión de motivos, de la petición de gracia de un recluso pues no toda medida estatal desacertada o inoportuna constituye una transgresión del derecho a la dignidad. Ingo Von Münch, "La dignidad...", cit., pp. 21-22.

102 La voluntad del afectado puede excluir una lesión de la dignidad humana justamente si tal lesión se funda sólo en la falta de esta voluntad en la acción u omisión

Contencioso-Administrativo alemán en el caso *Peep Show*, en la que se afirma que la importancia de la dignidad humana está por encima de un individuo determinado, por lo que ha de ser defendida también frente a la intención del afectado de realizar ciertas concepciones subjetivas en abierta desviación de la dignidad objetivamente considerada, de manera que el hecho de que una mujer participe voluntariamente en una exhibición, como si de una feria se tratara, podría resultar inmoral a los ojos del legislador y llevarlo a prohibir tal exhibición por ser socialmente perjudicial<sup>103</sup>.

No puede negarse, además, la existencia de "casos en los que el tratamiento a la persona es propiamente una violación de su dignidad, pero, a causa de la 'buena intención', pierde su contenido valorativo negativo; ejemplos de esto lo constituyen la alimentación forzosa de un recluso en huelga de hambre con intención de salvarle la vida y el cacheo de pasajeros en aeropuertos al objeto de evitar asaltos armados a los pilotos"<sup>104</sup>.

Por otro lado, y quizás más claramente, es preciso señalar que el propio TCFA, si bien en algunas sentencias parece sostener la prohibición absoluta de ponderación de la dignidad de la persona, en otras decisiones lo cierto es que ha venido a reconocer expresamente la posibilidad de ponderación de la dignidad de la persona con otros derechos constitucionales. Así lo hace, entre otras, en una de las sentencias sobre el aborto, en la que el Tribunal viene a realizar una ponderación entre el derecho del *nasciturus* a la protección de su vida y los derechos de la mujer, entre ellos el derecho a la dignidad personal<sup>105</sup>. Esta posición

de que se trate. BVerwGE 64, 274, 280.

103 BVerwGE 64, 274, 280. La sentencia ha sido muy criticada por la doctrina, que considera que ni es posible hablar de una renuncia al derecho a la (propia) dignidad humana, pues su contenido lo determina el (propio) sujeto en cada caso, ni se trata en estos supuestos de una cuestión a tratar desde la perspectiva de la dignidad humana sino desde el punto de vista de la protección de los bienes de terceros o de la generalidad frente a exhibiciones agresivas, molestas o incluso peligrosas (por ejemplo, para la juventud). "Lo importante es tal protección, no la idea de que alguien haya de ser protegido contra sí mismo o contra una concepción dudosa de su dignidad. No es misión del Estado enmendar la plana y corregir a los ciudadanos". Ernst Benda, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Konrad Hesse, Wolfgang Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP/Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 144. El propio Tribunal administrativo ha renunciado, posteriormente, a enjuiciar la inmoralidad del *Peep Show* desde la perspectiva de la dignidad humana (BVerwGE 84, 314, 317 y 319). Respecto de la primera sentencia, se llegó a hablar de "absolutismo de los valores" o "argumentos pseudoobjetivos" en los títulos de algunos trabajos monográficos sobre la misma.

104 El TCFA exige, para apreciar una violación de la dignidad humana, un tratamiento de la persona como objeto pero también una finalidad subjetiva, un ánimo de violar la dignidad de la persona, esto es, el tratamiento de la persona como objeto ha de realizarse con "expresión del desprecio" de la persona. BVerfGE 20, 1, 26. Formularon voto particular tres de los magistrados, que entendieron que se da también una violación de la dignidad de la persona aunque se proceda "con buenas intenciones". Ingo Von Münch, "La dignidad...", cit., pp. 20-21.

105 BVerfGE 88, 203, 253 ss.



difícilmente puede compatibilizarse con las tesis de ciertos sectores de la doctrina alemana sobre la prohibición de ponderación de la dignidad de la persona con otros derechos constitucionales, ni tampoco con las tesis de quienes sostienen que sólo es posible la ponderación de la dignidad de una persona con la dignidad de otra persona<sup>106</sup>. En este caso, el TCFA ha llevado a cabo una ponderación de la dignidad de la mujer, y otros derechos de la misma, respecto del derecho a la vida del *nasciturus*, dando por lo demás primacía *general* a este último derecho frente a los otros.

No menos ilustrativa es la sentencia del TCFA sobre la constitucionalidad de la cadena perpetua, pena que puede ser "necesaria a causa de la permanente peligrosidad del detenido y, por esta razón, no está permitido el indulto"<sup>107</sup>. Como subraya Alexy, con esta formulación se constata que la protección de la "comunidad estatal", bajo las condiciones indicadas, precede al principio de dignidad de la persona. Si se dan otras condiciones, la preferencia puede ser fijada de otra manera<sup>108</sup>. También es muy significativa la sentencia sobre las escuchas: "Por lo que se refiere al principio de inviolabilidad de la dignidad humana del artículo 1 LF [...] todo depende de la constatación de bajo qué circunstancias puede resultar violada la dignidad de la persona. Evidentemente, no puede darse una respuesta general, sino que siempre hay que tener en cuenta el caso concreto". La ponderación que el Tribunal realiza entre la dignidad de la persona y la protección del Estado es exteriorizada de manera diáfana en la sentencia cuando se afirma que la dignidad humana no es violada cuando "la exclusión de la protección judicial [respecto de medidas de escuchas] no es motivada por una desconsideración o subestimación de la persona humana [sic], sino por la necesidad de mantener el secreto de las medidas para la protección del orden democrático y la existencia del Estado", siempre y cuando el mantenimiento del secreto sea necesario y exista un control jurídico de otro tipo de las medidas que impida que los afectados "queden a merced de la arbitrariedad de las autoridades"<sup>109</sup>. Como Alexy comenta, la utilización de argumentos y contraargumentos se pone de relieve en el hecho de que, en caso de que desaparezca el control jurídico de las medidas de escucha o el mantenimiento del secreto no sea necesario, la medida sobre la que hay que juzgar seguiría siendo la misma pero no estaría permitida. El principio de dignidad de la persona tendría entonces precedencia frente al principio de la protección del Estado<sup>110</sup>. Todo ello no hace sino poner de relieve cómo también el propio TCFA, al operar con una dignidad de la persona como derecho dotado de un contenido real, y pese a su importancia suprema en el sistema

---

106 En el sentido del texto, Ingo Richter y Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, C.H.Beck, München, 1996, p. 76. Las ideas de la sentencia arriba citada las tomamos de la exposición que hacen estos dos autores del tema.

107 BVerfGE 45, 187, 242. En la misma sentencia, dice el TCFA que "la decisión sobre lo que corresponde a la dignidad del hombre, puede por ello referirse sólo al estado actual de conocimientos y no reivindicar ninguna vigencia atemporal" (p. 229).

108 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 108.

109 BVerfGE 30, 1, 27.

110 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 108.

constitucional, viene a reconocer la posibilidad de la restricción de ese derecho; en definitiva, aunque así no se afirme, que el derecho a la dignidad humana no es un derecho absoluto<sup>111</sup>.

Alexy, partiendo de su diferenciación, ya aludida, respecto de las normas de derechos fundamentales entre principios y reglas, llega a una conclusión clara que, en lo esencial, nos parece enteramente suscribible: "El que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, [la dignidad de la persona] preceda a todos los otros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones. Pero, una tesis tal de posición central vale también para otras normas de derecho fundamental. Ella no afecta el carácter de principio. Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de dignidad de la persona, como así también del hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios"<sup>112</sup>.

H) No faltan otros derechos fundamentales a los que se ha tratado de ver como derechos absolutos y, así, por sorprendente que pueda parecer, en Estados Unidos algunos autores sostienen el carácter absoluto de la libertad de expresión sobre la base de que la Constitución americana es, al menos en apariencia, rotunda al ordenar, en la Primera Enmienda, que "el Congreso no aprobará ninguna ley [...] que coarte la libertad de palabra", sin admitir de modo explícito ninguna excepción a tan tajante prohibición<sup>113</sup>. Pero, como no podía ser de otro modo, y nos recuerda Marshall, incluso quienes en dicho país sostienen que la Declaración de derechos contiene un veto absoluto a la restricción legislativa de la libertad de expresión admiten la necesidad de equilibrar la libertad de expresión con otros intereses de la Comunidad, como la seguridad del Estado, el mantenimiento del orden y la moral públicos, la protección de honor o la legalidad de los procesos judiciales<sup>114</sup>. Así lo ha admitido también, con toda claridad, el Tribunal Supremo<sup>115</sup>, pese a la falta

---

111 Sobre ello volveremos en el capítulo dedicado a Alemania, al hablar de los llamados "límites inmanentes en sentido estricto".

112 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 109.

113 El carácter absoluto de la libertad de expresión, en el sentido de no estar sujeta a limitación alguna, ha sido defendido modernamente por el Juez Black, pero no ha sido nunca seguida por el Tribunal Supremo. Sobre dicho Juez, véase su opinión concurrente en el *Cox v. Louisiana*, 379 U.S., 559 (1965) y su opinión disidente en *Street v. New York*, 394 U.S., 576 (1969).

114 Geoffrey Marshall, *Teoría Constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, p. 217.

115 En efecto, aunque "el Magistrado Hugo Black sostuvo siempre la idea de que ese precepto contenía una prohibición absoluta", "a lo largo de los años el Tribunal Supremo ha mantenido como válidas gran cantidad de leyes que restringen la libertad de expresión, aunque quizá muchas menos de las que resultan tolerables en las

de cualquier limitación expresa al respecto en el texto constitucional. Es sobradamente conocida, en este sentido, la célebre frase del Juez Holmes de que la libertad de expresión no debe proteger a "a un hombre que gritara '¡Fuego!' sin motivo en un teatro abarrotado"<sup>116</sup>. La discusión sobre el carácter absoluto o no de la libertad de expresión no versa, pues, en realidad en Estados Unidos sobre si tal libertad tiene un verdadero carácter absoluto, sino más bien sobre el grado en que pueden admitirse limitaciones constitucionalmente legítimas a la misma.

## **II.- CONFORMACIÓN, LIMITACIÓN Y CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **1.- La conformación o configuración de los derechos fundamentales**

Como Hesse destaca, para poder ser eficaces, la mayoría de los derechos fundamentales necesitan la conformación jurídica de las relaciones y ámbitos vitales que buscan garantizar<sup>117</sup>. Esta conformación es en primer lugar tarea de la legislación. Puede basarse en un encargo constitucional expreso por el que el legislador es obligado a regular el derecho (los "detalles"). Puede también la legislación resultar necesaria independientemente de todo encargo expreso. Así, por ejemplo, el mandato de igualdad de hombres y mujeres, la libertad de prensa, la garantía del matrimonio y la familia, la libertad de asociación o la garantía de la propiedad y el derecho a la herencia reclaman disposiciones jurídicas por medio de las cuales las garantías iusfundamentales puedan desarrollar su eficacia y posibilitar al individuo hacer uso de estas garantías. Esta necesidad, con frecuencia poco tomada en cuenta, de conformación

jurisdicciones de otros países". Geoffrey Marshall, "Declaraciones de derechos ...", cit., p. 344.

<sup>116</sup> *Schenck vs. U.S.*, 249 U.S. 47, 51, 52 (1919).

<sup>117</sup> Para comprender la importancia de la función de la legislación en el ámbito de los derechos fundamentales propone Häberle realizar un ejercicio de abstracción. La pregunta tendría que decir qué serían los derechos fundamentales sin legislación. Si faltase a los derechos fundamentales el subnivel del ordenamiento jurídico que está por debajo de la Constitución en rango, quedarían ellos sin eficacia, estarían ya sólo "en el papel". Los derechos fundamentales cuyos límites no fuesen concretizados por el "ordenamiento jurídico general" y que no fuesen conformados por las normas creadas por el legislador, quedarían condenados a la insignificancia. El ideal, normado por la Constitución, de cada derecho fundamental no puede como tal alcanzar el objetivo de la Constitución, la realización de los derechos fundamentales en la vida social, su "institucionalización". De ahí que necesite una plétora de regulaciones de detalle, a cuya promulgación obliga al legislador. Sin ellas, el derecho fundamental no tendría existencia. Ahora bien, señala Häberle, mientras el derecho fundamental a la libertad de conciencia necesita sólo unos pocos principios jurídicos de ejecución, la garantía de la propiedad requiere en una medida especialmente intensa principios jurídicos del legislador ordinario. No hay, por ello, ninguna libertad que sea "incondicional", es decir, que no necesite normas subconstitucionales. Con qué alcance cada derecho fundamental es susceptible y necesita tal ejecución, es algo que resulta de su garantía jurídico-constitucional como tal. Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, pp. 184 y 182-183.

jurídica confirma que las libertades iusfundamentales necesitan del Derecho y sólo pueden lograr efectividad como libertades jurídicas y no como libertades "naturales". Esta necesidad pone claro en especial medida que el legislador, a quien obliga de modo preferente esta conformación, no sólo puede ser considerado como enemigo de los derechos fundamentales, sino que también le corresponde una tarea positiva en el ámbito de los derechos fundamentales. Ello permite, a la postre, que se manifieste la estrecha relación de la Constitución como ordenamiento jurídico básico de la Comunidad con las restantes partes de dicho ordenamiento<sup>118</sup>.

Pero la "conformación" de los derechos fundamentales no es, según Hesse, sin más, idéntica a la "concretización" de los mismos; comprende, sin embargo, siempre, aunque con un alcance distinto, una parte de la concretización. La conformación del principio de igualdad a través del Derecho matrimonial y de Familia contiene más elementos concretizadores que la libertad de asociación a través del Derecho privado de asociación; con la normación de las disposiciones que hacen posible en primer término una vida asociativa ordenada e insertar ésta en la vida jurídica general (por ej., la adquisición y pérdida de la capacidad, la organización interna de la asociación, la responsabilidad, etc.) no se concretiza, sin embargo, aquella libertad, sino que se hace posible su uso y en tal medida se conforma la libertad de asociación<sup>119</sup>.

Según Hesse, en la medida en que la conformación y la concretización coincidan, el legislador conformador de los derechos fundamentales estará vinculado a la Constitución y sometido al control del Tribunal Constitucional<sup>120</sup>. En este caso, logra el poder judicial influencia en la conformación. Lo mismo vale si las leyes conformadoras de los derechos fundamentales son interpretadas por el Tribunal conforme a la Constitución o si —por falta de regulación legislativa— los derechos fundamentales son concretizados directamente por el Tribunal. Un ejemplo sugestivo de tal concretización por el Tribunal es el desarrollo, antes de la promulgación de la ley de igualdad, por parte de los tribunales civiles del principio de igualdad del artículo 3 ap. 2 LF<sup>121</sup>.

Por otra parte, se impone aquí establecer una diferenciación clara, en la medida en que ello resulte posible, entre dos tipos de derechos fundamentales: aquellos de los que puede hacerse uso ya sin necesidad de intervención del Derecho o del ordenamiento jurídico, que puede ejercitarlos el hombre por su propia naturaleza como tal (vida, integridad física, libertad de movimientos) o por su naturaleza social (opiniones, reuniones), y aquellos otros que requieren, en cambio, dicha intervención del Derecho para que puedan operar en la realidad y puedan ejercitarse (el matrimonio; la propiedad; la igualdad del hombre y la mujer; la familia; la

---

118 Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., p. 138.

119 Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., p. 138.

120 BVerfGE 12, 45, 53.

121 Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., p. 138, por referencia a BVerfGE 3, 225, 239

herencia).

Y es que, como Herzog ha destacado recientemente, los bienes e intereses protegidos por los derechos fundamentales en general no han sido creados por el Estado, sino que le vienen dados, y puede el Estado protegerlos u omitir su protección o, como ocurre con la mayoría de los derechos a través de las reservas de ley, puede optar por una vía intermedia. Pero ni la legislación contraria a los derechos fundamentales, ni incluso la derogación total del ordenamiento jurídico, podrían evitar que hubiese vida e integridad física, actos de pensamiento y expresiones de opinión, reuniones, viviendas, etc. Son bienes no creados por el Estado, sino que éste simplemente los ha hallado y acometido su protección. La vida, la integridad física, el pensamiento, la opinión, las reuniones, etc. no son primariamente conceptos jurídicos, sino que sólo se transforman en tales después de su adopción por la Constitución, pero existían como una realidad antes de ésta. Pero hay excepciones, por cuanto hay derechos fundamentales que no vienen referidos al mundo de los hechos, sino que su objeto de protección está constituido ya por productos del ordenamiento jurídico, por conceptos jurídicos y no del mundo de los puros hechos. En este último caso, la contradicción profunda estribaría en que el derecho fundamental, como ocurre siempre, tiene por objeto proteger determinados bienes jurídicos, pero en estos casos los bienes a proteger no existirían paradójicamente sin el Estado, pues han de ser creados por él a través del ordenamiento jurídico. Es el caso de la nacionalidad, la propiedad, el matrimonio o las asociaciones<sup>122</sup>.

Hay así (ámbitos normativos de los) derechos fundamentales con acuñamiento jurídico o normativo (*Schutzbereiche der Grundrechte mit Rechts- und Normprägung*) y sin él (*ohne Rechts- und Normprägung*), si bien también los hay que sólo en parte son acuñados jurídicamente (*teilweise Rechts- oder Normprägt Schutzbereiche der Grundrechte*). Este último sería el caso del derecho fundamental de asociación, pues comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también el derecho de constituir el instituto jurídico de la asociación o la sociedad mercantil<sup>123</sup> o cualesquiera otros tipos de asociación creados por el ordenamiento jurídico; y también es el caso de la libertad contractual en cuanto se trata de una libertad de conformación jurídicamente vinculante, prevista y asegurada por el ordenamiento jurídico<sup>124</sup>.

Los derechos fundamentales con acuñamiento normativo, a los que pertenecen especialmente los que aseguran también garantías de institutos, plantean la dificultad de que, por una parte, están necesitados de conformación pero, por otro lado, deben obligar al Estado<sup>125</sup>. Pero que el

---

122 Roman Herzog, "Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers", en Walther Fürst, Roman Herzog und Dieter C. Umbach, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987, pp. 1416-1417.

123 En el caso de España, no obstante, cfr. STC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 23º.

124 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 53.

125 BVerfGE 57, 295, 319 ss.: "Para poder ser eficaz, la libertad de radiodifusión garantizada por el artículo 5.1.2 necesita una configuración legal". Presupone la libertad de expresión y de información como derechos subjetivos y como elementos objetivos de

legislador pueda conformar un derecho fundamental no puede querer decir que puede disponer de él, por lo que debe encontrarse una frontera a partir de la cual no se conforma el derecho, sino que se interviene en él y se le fijan límites; debe, en particular, evitarse el peligro de posibilitar intervenciones encubiertas (*verdeckte Eingriffe*). Pieroth y Schlink consideran que el criterio para determinar ese punto fronterizo entre la conformación y los límites a estos derechos lo ofrece la historia, de manera que una regulación que rompa con la tradición no es en principio ninguna conformación del ámbito normativo de estos derechos fundamentales con acuñamiento normativo<sup>126</sup>.

Pero también en el caso de los derechos sin acuñamiento normativo, esto es, no necesitados de regulación jurídica, puede el ordenamiento jurídico facilitar y promover el ejercicio de los derechos fundamentales. Así, el derecho de reunión puede ejercitarse sin ninguna actividad estatal, sin ninguna cooperación o promoción por el ordenamiento jurídico, pero, con relación a las manifestaciones, puede existir la previsión legal de determinadas medidas para que la policía asegure el recorrido, pare y desvíe el tráfico, etc. La comunicación de la manifestación existe, pues, bajo ciertas circunstancias, también en interés de los manifestantes<sup>127</sup>.

Según Pieroth y Schlink, hay una importante diferencia entre los derechos fundamentales con acuñamiento normativo y los restantes, pues en el caso de los primeros el ordenamiento ha de establecer determinadas vías de ejercicio del derecho y el actuar sólo será libre por esas vías, mientras que en el caso de los segundos no es así. La consecuencia es que la fijación por el ordenamiento de vías determinadas de ejercicio del derecho fundamental en el primer caso es una conformación del derecho, mientras que en el segundo caso estaríamos ante una intervención en ese derecho y no ante una conformación del mismo<sup>128</sup>.

un proceso de formación de la opinión en el que la radiodifusión es "medio" y "factor". Sirve por ello a la libertad de opinión en sus elementos jurídicos subjetivos y objetivos. La ley debe regular el significado defensivo clásico frente a la intervención estatal de esta libertad pero ello no basta para hacer posible la libre y amplia formación de la opinión mediante la radiodifusión, sino que "es necesario además un ordenamiento positivo que asegure que las múltiples opiniones existentes puedan expresarse a través de la radiodifusión de la forma más extensa y completa posible; y que de esta manera puedan ofrecer una información amplia" a través de "una regulación material, procedimental y de organización".

126 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 53.

127 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 54.

128 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 54. Así, la canalización de la libre expresión y difusión de opiniones por medio de la palabra, el escrito y la imagen a través de determinados medios (cartas al director, tableros de anuncios, *speakers corner*) con exclusión de otros sería una intervención en el derecho fundamental y no simplemente una concretización del mismo. Habría concretización sólo si se pusiesen a disposición del individuo esos medios como medios complementarios a los ya existentes. Pero, en el caso de las manifestaciones, sería erróneo considerar la obligación de comunicación de las manifestaciones, o incluso la entera ley de reunión, como concretización del derecho de reunión, pues también si favorecen a los

## 2.- La ejecución de los derechos fundamentales como tarea conjunta de conformación y limitación de los mismos. Tipología de ejecución o concretización

Una dificultad fundamental que se plantea, y que aquí nos interesa fundamentalmente, es la de la diferenciación entre la conformación<sup>129</sup> y la limitación de los derechos fundamentales. Häberle tiende a relativizar esta distinción por medio del concepto que este autor propone de "ejecución" de los derechos fundamentales (*Ausführung der Grundrechte*), nada fácil de exponer sintéticamente<sup>130</sup>. Según Häberle, toda limitación implica al mismo tiempo una determinación del contenido, y al contrario toda determinación del contenido tiene por contenido unas fijaciones de límites conceptualmente necesarias. Tan sorprendente puede parecer esto de primera intención, como correcto se manifiesta en una observación más detallada: La Constitución se transforma en "Constitución" en el pleno sentido de la palabra por medio de la actividad del legislador conformadora y limitadora de los derechos fundamentales. Con toda razón se habla de la *función* de la legislación en el ámbito de los derechos fundamentales: la legislación guarda una relación positiva con los derechos fundamentales en el sentido de que éstos la necesitan imperiosamente. No se diferencian los derechos fundamentales unos de otros según necesiten o no ejecución legislativa, aunque sí la medida y alcance en que necesitan tal ejecución legal<sup>131</sup>. Todos necesitan la ejecución legislativa, que está al servicio de tales derechos<sup>132</sup> y también es posible hablar de una ejecución jurisprudencial, que ha de ser, sin embargo, una actividad residual respecto de la legislativa, pues o bien se ha de realizar en torno a un texto legal ya dado, que se interpreta "conforme a la Constitución" o se anula, o bien responde a una falta o insuficiente actividad legislativa con relación a un mandato constitucional

---

manifestantes no deja por ello de existir una intervención y un límite en favor de los intereses de la generalidad y los derechos (fundamentales o no) de aquellos que no se manifiestan.

129 Nos referimos a la configuración *stricto sensu*, pues junto a ésta podría también hablarse de una configuración *lato sensu*, que se referiría "a la situación total de la normación en el ámbito de los derechos fundamentales" e incluiría a las restricciones o límites a los derechos, como una suerte de concepto superior que abarca tanto la actividad restrictiva como la no restrictiva del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 323-324. Este es, en el fondo, el concepto de Häberle, que toma de la doctrina suiza, de "ejecución" al que a continuación nos referimos en el texto, no entendida, en ningún caso, como actividad subsuntiva, reglada o puramente ejecutiva, sino como actividad libre y creativa dentro del respeto a la Constitución y dirigida a la optimización mayor posible de sus valores.

130 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., pp. 197 ss. Una posición próxima, entre nosotros, es la de Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, con prólogo de Andrés Ollero Tassara, CEC, Madrid, 1993, pp. 77 ss.

131 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 185.

132 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 204.

de actuar.

Es también cierto que la validez directa de los derechos fundamentales no es ningún argumento penetrante contra el reconocimiento de la necesidad de "ejecución legislativa" de los derechos fundamentales ni del hecho de que normas conformadoras de los derechos fundamentales y concretizadoras de los límites esenciales a los derechos fundamentales posean carácter de ejecución. El o-o no raras veces escuchado en el presente y en el pasado —o validez directa de los derechos fundamentales y ninguna necesidad de ejecución o necesidad de ejecución y ninguna validez directa de los derechos fundamentales para el legislador— resulta ser una pseudoalternativa<sup>133</sup>.

A nuestro modesto entender, la concepción que subyace a la categoría propuesta por Häberle de "ejecución" de los derechos fundamentales tiene interés, especialmente en la medida que sirve para evitar ver, como con frecuencia se ha hecho, a los derechos fundamentales meramente "como un complejo de límites", pues entonces "no se comprende totalmente el concepto de derecho fundamental". "Se desconoce el concepto de derecho fundamental y de libertad si se pretende comprenderlos exclusivamente desde sus límites"<sup>134</sup>. Y sirve, también, esta categoría para destacar que los derechos fundamentales no son, como en el concepto schmittiano de los mismos, ninguna "esfera de libertad" exenta de normas, sino ámbitos vitales jurídicamente ordenados y libremente conformados por normas jurídicas<sup>135</sup>, así como para ver al legislador no simplemente como potencial enemigo para los derechos y libertades de los ciudadanos (perspectiva que, a nuestro entender, conviene en cualquier caso no perder), sino también, sin que ello sea contradictorio, como un valedor de esos derechos y llamado a cumplir una función positiva, de desarrollo, y también creativa en alto grado respecto de los mismos<sup>136</sup>.

Pero entendemos que la adopción de esta categoría de la "ejecución" de los derechos fundamentales, pese a todo, no debe llevarnos a renunciar a las categorías que en ella se funden y en que ella, en realidad, se funda. Los conceptos de "conformación" y de "limitación" de

---

133 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 202.

134 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 192.

135 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 193.

136 Permite así atender mejor a la realidad, en la que no sólo se produce una convergencia de la actividad conformadora y limitadora por las vías legislativa y jurisprudencial, sino que además se produce una verdadera fusión entre la labor conformadora y la limitadora de los derechos fundamentales. Como una vez más Häberle señala "la legislación que limita los derechos fundamentales en interés de bienes jurídicos de igual o superior valor, no carece, por ejemplo, de elementos de conformación. No sólo los derechos fundamentales, sino también los límites a los derechos fundamentales son objeto de una actividad conformadora del legislador. Éste está, a su vez, limitado por la Constitución, evidentemente [...] También aquí se ponen altas exigencias a la fantasía creativa de la legislación. Dado que la Constitución sólo habla de límites y raras veces establece de modo determinado los límites, se crea el necesario margen de maniobra que permite una acomodación de estos límites al tiempo y lugar. Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 191.



los derechos fundamentales, por muy elevado que sea conceptualmente (y en la práctica) su grado de fusión y compenetración y hasta "fecundación" recíproca, deben permanecer como conceptos y categorías que es preciso diferenciar en la medida en que ello sea posible. A partir de ahí, la concepción de Häberle no nos parece compartible, en cuanto que pretende acabar con esa contraposición y antinomia entre derecho fundamental y sus límites o intervenciones, concepto este último del que propone incluso prescindir, o liberar a la legislación del mismo<sup>137</sup>. Dicho sucintamente, el subrayar las conexiones múltiples, tanto en el plano conceptual como en el de la praxis, entre la configuración del derecho fundamental (o éste como tal) y sus límites, no ha de llevar hasta el extremo de integrar inescindiblemente al derecho y sus límites, prescindiendo de una diferenciación de categorías (derecho fundamental y sus límites) que aparece como una técnica jurídica insustituible para garantizar un examen racional de los problemas iusfundamentales, de los asuntos en materia de derechos fundamentales. O si se hace así, no ha de ser para considerar configuración cualquier actividad del legislador en el terreno de los derechos fundamentales, sino, por el contrario, para estimar, como hace Borowski<sup>138</sup>, que "son casi inconcebibles configuraciones no restrictivas", pero aún entonces conservaría su importancia la distinción para los casos que pudieran existir, por pocos que fueran.

Antes de referirnos a posibles criterios para diferenciar entre la conformación y la limitación de los derechos fundamentales, hemos de decir que dentro del amplio conjunto de las tareas concretizadoras de los derechos fundamentales (su "ejecución") puede distinguirse, siguiendo a Canotilho, aunque con alguna leve corrección por omisión, la siguiente tipología, probablemente no agotadora: (A) Concretización por el legislador: (a) definición del ámbito constitucional de cada derecho<sup>139</sup>; (b) definición de los límites a los derechos fundamentales en los casos constitucionalmente autorizados, bien concretizando restricciones expresamente previstas en la Constitución, bien utilizando las autorizaciones constitucionales de restricción; (c) definición de las garantías y establecimiento de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, concretizando las respectivas incumbencias constitucionales, explícitas o implícitas; (d)

---

137 Sobre "la liberación de la legislación en el ámbito de los derechos fundamentales del elemento tradicional de la intervención; la purificación del concepto de Derecho de las ideas de intervención y límites", véase Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., pp. 222 ss.

138 Martín Borowski, "La restricción de los derechos fundamentales", *REDC*, núm. 59, mayo-agosto 2000, p. 55.

139 Ello puede hacerse, según Canotilho, bien en cumplimiento de un mandato constitucional expreso, bien aclarando los límites previstos por la Constitución de modo expreso, bien explicitando límites que se derivan del texto constitucional sólo de manera implícita (especialmente en los casos de colisión de derechos). José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 475. Pero en tanto se habla de límites (inmanentes, se supone) no compartimos la opinión de que estemos ante una delimitación del ámbito normativo del derecho fundamental, sino ante una limitación del mismo. He aquí la corrección por omisión a que nos referíamos.

garantizar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales cuando consista en la creación de instituciones o de prestaciones públicas; (e) establecimiento de los medios de defensa apropiados, penales incluso, frente a las eventuales agresiones a los derechos fundamentales; (f) ampliación, en su caso, del contenido de un derecho constitucional más allá de sus límites en la Constitución. (B) Concretización por los órganos jurisdiccionales: (a) interpretación de los preceptos constitucionales consagradores de derechos fundamentales, en su aplicación en casos concretos, de acuerdo con el principio de efectividad óptima; (b) densificación de los preceptos consagradores de derechos fundamentales de forma que se posibilite su aplicación inmediata, especialmente en los casos de ausencia de leyes concretizadoras; (c) contribución al cumplimiento de las imposiciones constitucionales, observando la especificidad y los límites de su competencia funcional. (C) Concretización por el Gobierno y la Administración: les corresponde un papel importante en la tarea concretizadora de los derechos fundamentales. En el ejercicio de su competencia planificadora, reglamentaria, proveedora de prestaciones, etc., los órganos del gobierno y la administración desarrollan tareas de realización de derechos fundamentales<sup>140</sup>. Esta tipología tiene un valor fundamentalmente académico.

### 3.- La distinción entre limitación y configuración de los derechos fundamentales

Lo cierto es que, desde nuestro punto de vista, una clasificación como la de Canotilho, que puede tener cierta utilidad en otras dimensiones, no permite prescindir de la clasificación fundamental entre las actividades de conformación y de limitación de los derechos fundamentales, pues a ambas se reconducen todas las restantes variantes. La cuestión problemática<sup>141</sup> estriba, sin embargo, en fijar la distinción entre la conformación y la limitación, especialmente en términos generales, como ha de hacerse en esta investigación, lo que no puede hacerse, como se comprenderá, de un modo absoluto, sino sólo tratar de hallar ciertos

---

140 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., pp. 475-476.

141 El hecho de que en nuestra Constitución, a diferencia de la LF alemana, la garantía del contenido esencial se refiera literalmente a la "regulación" (art. 53) de los derechos fundamentales y no a su limitación, no plantea ninguna especialidad, pues la "regulación", como se verá en el capítulo referido al Derecho español, es un concepto genérico que comprende tanto la actividad conformadora por la que se "concreta" el contenido particular del derecho fundamental, como la actividad limitadora, pero sólo a la segunda, por razones ontológicas, puede aplicarse la garantía del contenido esencial, pues sólo en la medida en que trate de reducirse o restringirse el contenido constitucional del derecho existirá la posibilidad de vulneración del contenido esencial. También para Alemania sostiene Hesse, bien que con relación concretamente a la libertad de profesión y a la muy singular redacción del art. 12 LF, que "la diferencia entre 'regulación' y 'restricción' estriba más bien en que la 'regulación' puede ser tanto conformación como también 'limitación' (secundaria)". Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., p. 138.

criterios orientativos. Y es que, como bien señala Alexy, la distinción "tiene una importancia práctica considerable: una norma que no restringe un derecho fundamental no tiene que ser justificada como restricción frente a ese derecho fundamental". Ello lleva a este autor a una "concepción estrecha del concepto de conformación, a la que corresponde un adecuadamente amplio concepto de restricción", pues sólo este entendimiento "responde a las exigencias de racionalidad de la fundamentación iusfundamental. Aquello que es calificado como configuración no necesita ser fundamentado frente al derecho fundamental. Al mantenerse amplio el ámbito de lo que requiere y es susceptible de justificación, mediante un concepto estrecho de configuración, no se asegura todavía, por cierto, que sólo habrán de llevarse a cabo restricciones permitidas, pero sí que ninguna restricción podrá liberarse de la fundamentación; ello es un presupuesto esencial para que sólo se normen restricciones permitidas"<sup>142</sup>.

Partiendo de la distinción de las normas en mandatos, prohibiciones y competencias, considera Alexy que el concepto de configuración no puede referirse a normas de los dos primeros tipos "pues, por definición, las normas de mandatos y de prohibiciones tienen un carácter restrictivo", sino sólo a competencias<sup>143</sup>. Serían ejemplos paradigmáticos de normas de competencia configuradoras las normas de las instituciones de Derecho civil, como el matrimonio, la propiedad y el Derecho sucesorio. Estas instituciones pueden ser configuradas de diferente manera. El legislador puede conceder a los sujetos jurídicos más o menos competencias. Puede eliminar competencias existentes y no crear competencias inexistentes pero posibles. La cuestión es saber si en todos estos casos se trata siempre de meras configuraciones o si también pueden darse restricciones. A partir de la jurisprudencia constitucional<sup>144</sup>,

---

142 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 321-322 y 329.

143 Las competencias, que existen tanto en el Derecho Público como en el Privado, suponen que "a través de determinadas acciones de quienes poseen competencia, se modifica la situación jurídica". Ejemplos de ejercicio de competencias serían la celebración de un contrato o de un matrimonio y la sanción de una ley o acto administrativo. Se diferencian de las permisiones en que no agregan nada a la capacidad de acción que existe independientemente de ella. Es igualmente posible fumar y no fumar, al margen de que lo uno o lo otro esté permitido o prohibido, pues incluso si está prohibido, la acción que realiza quien fuma, aun estando prohibida, es la misma que realizaría si estuviese permitido. Las cosas son totalmente diversas en el caso de la competencia, pues éstas agregan a la capacidad de acción del individuo algo "que no posee por naturaleza". Citando a Jellinek, dice Alexy: "El individuo puede mantener la relación sexual que quiera pero, ella se convierte en matrimonio sólo bajo las condiciones establecidas por el Derecho objetivo; puede tomar las decisiones que quiera para después de su muerte pero ellas se elevan a la categoría de testamento sólo sobre la base de disposiciones jurídicas. Aquí tiene sus límites la libertad natural. Pues todas las disposiciones que se refieren a la validez de las acciones y negocios jurídicos estatuyen un poder hacer jurídico expresamente conferido por el ordenamiento jurídico. Este poder se encuentra en abierta oposición con lo meramente permitido". Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 229-230.

144 En concreto, BVerfGE 37, 132, 139 ss. En el caso de una exclusión por el

Alexy deduce una regla general: "cada vez que la eliminación de una competencia obstaculiza la realización de un principio fundamental, no estamos frente a una mera configuración, sino frente a una restricción que, en tanto tal, tiene que ser justificada". Este criterio de la no obstaculización puede ser utilizado, a juicio de Alexy, en todos los casos para la delimitación de la configuración y la restricción. Implica que "siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción, y así, las ponderaciones que lleva a cabo el TCFA, en el marco de la reserva del artículo 12.1, frase 2ª LF de 'regulación' de la libertad de elección y ejercicio de la profesión, muestran que no concibe la autorización de 'regulación' como una autorización de configuración sino de restricción"<sup>145</sup>.

Otros autores, a fin de distinguir entre la conformación y la intervención en los derechos fundamentales, entienden que la conformación sólo puede servir para el desarrollo real de los objetivos perseguidos con el derecho fundamental afectado, y eventualmente puede ser requerida cuando se trata del equilibrio de titulares de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Pero la persecución de cualesquiera otros intereses públicos no permite hablar de "conformación", pues de lo contrario se desdibujaría la diferencia con la "afectación" de los derechos fundamentales. No obstante, este criterio no se aplica estrictamente en el caso de los derechos fundamentales de acuñamiento normativo. En todo caso, la conformación debe ser objetiva y adecuada respecto a la función del derecho fundamental y proporcionada para los afectados perjudicados. Hay que observar la decisión valorativa del derecho fundamental afectado, así como otras decisiones constitucionales. Si la conformación opera como una intervención en el derecho, es necesario un examen completo de la proporcionalidad<sup>146</sup>.

---

legislador de una rescisión de un contrato de arrendamiento por reformas en la vivienda, eliminando la facultad que en ese sentido tenía anteriormente el arrendador propietario, el TCFA considera que existe una relación dialéctica "entre la libertad garantizada constitucionalmente" y "el mandato de un orden socialmente justo de la propiedad", por lo que se hace preciso llevar a cabo una ponderación entre estos dos "elementos" y "poner en equilibrio justo y en una relación equilibrada los intereses dignos de protección de todos los afectados" y se afirma que la eliminación de la llamada rescisión por reformas "en una cierta medida *restringe* el alcance de la libertad de acción del arrendatario", pero ello resulta "justificado teniendo en cuenta la gran importancia que tiene la vivienda para el individuo y su familia de acuerdo con el artículo 14.2 LF". Comenta Alexy: "Con esto se formula el resultado de una ponderación que conduce a una restricción. Se habla, por cierto, de una restricción de la libertad de acción y no de una restricción del derecho de propiedad. Pero, la restricción de la libertad de acción se realiza a través de la eliminación de una competencia jurídico-civil, a la que el principio de la propiedad privada confiere un derecho *prima facie*. Por ello, la eliminación de la rescisión por reformas no debe ser calificada como una mera configuración sino como restricción". Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 326-327.

145 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 325 ss.

146 Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik*

Desde nuestro punto de vista, ha de partirse de un concepto amplio de limitación y de un concepto estrecho de delimitación (o configuración o concretización en sentido estricto), entendiéndose por delimitación del derecho fundamental la determinación de los linderos conceptuales del derecho (que, estos sí, han de interpretarse ampliamente, como luego se verá, lo que es cosa distinta) *que no tenga ningún contenido restrictivo del derecho o gravoso para sus titulares*, pues tan pronto como haya una restricción o recortamiento del ámbito protegido del derecho estaremos ante una limitación y no ante una delimitación del derecho. Este es el concepto que sigue el TC. En este sentido, nos parece significativo que nuestro TC, respecto de la regulación procedimental del derecho fundamental de huelga, pese a tratarse de un procedimiento teóricamente conformador del derecho, aplique un riguroso examen de su justificación constitucional conforme a la proporcionalidad en cuanto que tal regulación tiene un *efecto restrictivo*: "El ejercicio del derecho de huelga puede quedar sometido en virtud de la ley a procedimientos o a algún tipo de formalismos o de formalidades porque el art. 53 de la Constitución permite que el legislador regule las 'condiciones de ejercicio' de los derechos fundamentales. Más es preciso que el procedimiento y los formalismos no sean arbitrarios, tengan por objeto [...] proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del derecho", lo que le conduce a declarar la inconstitucionalidad de uno de ellos, la exigencia de referéndum obligatorio y previo entre los eventuales huelguistas<sup>147</sup>. Así pues, si hay una regulación que opera con un sentido restrictivo de algún modo del contenido del derecho fundamental, tal regulación habrá de valorarse como una restricción, con la consecuencia de que habrá de someterse a una rigurosa justificación constitucional y a las garantías constitucionales que operan frente a toda restricción. Y por ello mismo, el concepto de configuración en sentido estricto, como contrapuesta a la limitación del derecho fundamental, ha de definirse negativamente o por exclusión, entendiéndose que estaremos ante una configuración del derecho fundamental cuando se trata de una regulación del derecho fundamental que no recorta o restringe el ámbito normativo del derecho fundamental, sino que más bien lo que hace es hacerlo practicable a su titular, abrirle posibilidades concretas de ejercicio, facilitar o promover tal ejercicio libre sin recortar las posibilidades de actuación que el ámbito (inicialmente) protegido del derecho fundamental (el tipo iusfundamental) permite, para lo cual debe tenerse presente, por otra parte, que ese tipo iusfundamental o ámbito normativo no tiene en la praxis constitucional un contenido estático ni puede tenerlo<sup>148</sup> y es en este sentido que lleva razón Rubio Llorente

---

*Deutschland*, C.H.Beck, München, 1995, p. 27.

147 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 16º.

148 Como Cruz Villalón ha destacado, la "conformación jurisprudencial" de los derechos fundamentales la realiza el TC no de una vez para siempre, por lo que con el tiempo puede producirse una expansión jurisprudencial de ese ámbito normativo: "El contenido constitucionalmente declarado de un derecho no es estático, sino dinámico,

cuando habla de una configuración jurisprudencial (jurisdiccional, más exactamente) de los derechos fundamentales por parte del TC, que se explica porque "si ningún juez es puro autómatas, ninguno lo es menos que el juez constitucional, al que la naturaleza propia de los enunciados constitucionales permite siempre incorporar a los derechos su propia concepción de éstos, jugando con ello un papel decisivo en su configuración", aunque al mismo tiempo se trata de un rol limitado, pues carece de toda iniciativa al respecto, de modo que ni puede acometer la configuración por decisión propia, ni puede intervenir en ella de otro modo que no sea el de concretizar el sentido de los preceptos constitucionales para fijar los límites que el legislador ha de respetar, e invalidar, cuando los traspasa, las normas por él creadas<sup>149</sup>.

### III.- CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y EXAMEN ESCALONADO DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1.- Concepto y terminología

En la doctrina germana se ha destacado la necesidad de introducir una cierta disciplina terminológica y conceptual en este campo ante la gran diversidad de términos y falta de unidad conceptual respecto de los límites a los derechos fundamentales. La problemática terminológica se plantea en España en otros términos, menos complicados y a ella aludiremos en este apartado.

Pero antes parece necesario tratar de ofrecer un concepto de límites a los derechos fundamentales, cuestión que algunos autores alemanes han abordado, pese a que, como Medina Guerrero subraya, ello "supone adentrarse en el ámbito tal vez más resbaladizo de la dogmática de los derechos fundamentales"<sup>150</sup>. En la doctrina alemana, se han intentado, en efecto, básicamente dos conceptualizaciones generales de los límites a los derechos fundamentales, definiciones trasplantables a nuestro propio sistema constitucional y también seguramente a otros. Alexy, por un lado, partiendo de su importante distinción entre reglas y principios<sup>151</sup>,

---

de modo que cabe hablar de un 'crecimiento orgánico' de los derechos fundamentales y es una "consecuencia lógica de dicho crecimiento orgánico" "la posibilidad de nuevas formas de vulneración del derecho, nuevas en el sentido de que hasta ese momento no se era consciente de ellas". Pedro Cruz Villalón, "La prohibición de valoración de las pruebas ilícitas ante el 'crecimiento orgánico' de los derechos fundamentales", en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, CGPJ/Xunta de Galicia, Madrid, 2000, p. 76, poniendo como ejemplo la STC 49/1999.

149 Francisco Rubio Llorente, "La configuración...", cit., p. 1339. Es la falta de iniciativa del TC para configurar los derechos, a diferencia del legislador, lo que hace que no carezca "de alguna justificación la tendencia frecuente a difuminar la función que le incumbe en la configuración de los derechos, incluyendo su estudio en el de los límites que la Constitución impone a la configuración legal", pues la tarea del TC sería la de hacer valer tales límites. Pero este enfoque es poco adecuado a la realidad de la jurisdicción constitucional de nuestros días.

150 Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa...*, cit., p. 45.

151 Alexy considera que las normas de derechos fundamentales son reglas o principios. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor

define a los límites a los derechos fundamentales como aquellas "normas que restringen la realización de principios iusfundamentales *prima facie*". Y reconoce este autor que "desde luego, esta respuesta tiene carácter circular en la medida en que para la definición del concepto de restricción de un derecho fundamental utiliza el concepto de restricción. Pero, nos permite avanzar un tramo porque con ella se dice que las restricciones de derechos fundamentales son normas", si bien se plantea saber qué es lo que hace que determinadas normas sean consideradas restricciones de derechos fundamentales. Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención, pero no de una restricción. Aquí debe distinguirse entre normas de competencia y normas de mandato o prohibición dirigidas a los ciudadanos. Las normas de competencia más importantes para la teoría de las restricciones son establecidas por las reservas legales de los derechos fundamentales, sin que importe la grada del edificio del orden jurídico en que se encuentren. Pero estas reservas no son, en cuanto tales, restricciones de los derechos fundamentales, aunque hay que reconocer que algo de restringentes tienen para los ciudadanos titulares de aquellos derechos, si bien se trata de una naturaleza restringente de carácter meramente potencial y mediato. Pero no son restricciones; fundamentan sólo la restringibilidad, la posibilidad jurídica de restricciones, algo que se ve claramente en el hecho de que puede existir una competencia para imponer restricciones sin que se haga uso de ella<sup>152</sup>.

En cuanto a las normas de mandato y prohibición, tiene importancia la distinción entre reglas y principios. Una regla (acorde con la Constitución) es una restricción de un derecho fundamental cuando, con su vigencia, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho iusfundamental *prima facie*, aparece una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido<sup>153</sup>. Pero también los principios

---

medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas. Las reglas, en cambio, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces deberá hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o una regla o un principio. Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 86-87. De un modo intuitivo podría decirse, como Jansen señala, que mientras las reglas hacen referencia a una mera subsunción típica, a un simple "Si... entonces" ("wenn-dann"), los principios, en cambio, aluden a un "más o menos" ("Mehr oder Weniger").

152 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 272 ss.

153 Pone como ejemplo el siguiente: "Mientras no esté en vigencia el mandato según el cual los motociclistas tienen que usar casco, el individuo titular del derecho fundamental, en virtud del principio de la libertad general de acción, tiene una libertad iusfundamental *prima facie* a usar o no un casco protector. Tan pronto como aquel mandato entra en vigencia, se encuentra frente al Estado en la posición de una no-libertad definitiva para usar o no usar como motociclista un casco protector. La regla que

pueden ser restricciones a derechos fundamentales. Es cierto que, de entrada, podría pensarse que, en cuanto que los principios requieren siempre una ponderación entre el principio iusfundamental y los principios que lo restringen, no pueden ser restricciones, a diferencia de las reglas, que expresan ya el resultado de una ponderación. Esta concepción equipararía, en un cierto sentido, los principios, en tanto meros creadores potenciales de restricciones, con las normas de competencia. Sin embargo, en contra de una equiparación tal existe un argumento importante. Principios contrapuestos restringen materialmente las posibilidades jurídicas de la realización de principios iusfundamentales. Si no tuvieran vigencia los principios contrapuestos o si no tuvieran rango constitucional, aquellas posibilidades serían más amplias. Por ello, el problema no es el carácter de restricciones, sino la constatación del alcance de su restricción definitiva<sup>154</sup>.

Un principio es una restricción de un derecho fundamental cuando hay casos en los cuales es una razón para que, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho fundamental *prima facie*, aparezca una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido. A estos principios como restricciones de derechos fundamentales se refiere el TCFA cuando dice que "derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional"<sup>155</sup> pueden limitar los derechos fundamentales<sup>156</sup>. Por último, señala Alexy que no sólo las normas de mandato o de prohibición pueden ser restricciones de derechos fundamentales, sino también, por ejemplo, normas que restringen o eliminan competencias del ciudadano, otro tipo de normas a las que resultaría de aplicación, en lo esencial, lo que se ha dicho respecto de las normas de mandato y prohibición<sup>157</sup>.

Una posición en parte contrapuesta a la de Alexy es la de Sachs,

---

obliga a los motociclistas a usar casco protector es una restricción de un derecho fundamental porque, en virtud de su vigencia, en lugar de la libertad *prima facie* aparece aquella no-libertad definitiva de igual contenido". Sobre ello, véase BVerfGE 59, 275. Otro ejemplo: Si de acuerdo con el TCFA la inviolabilidad domiciliaria se extiende también a los talleres y oficios, el principio iusfundamental de la inviolabilidad domiciliaria confiere al individuo un derecho *prima facie* a que los comisionados de las Cámaras de artes y oficios no entren en sus talleres y oficios. A este derecho *prima facie* correspondería una prohibición *prima facie* dirigida a los comisionados de las Cámaras de artes y oficios de no entrar en talleres y negocios. Pero el artículo 17.2 de la Ordenanza de artes y oficios autoriza a los comisionados de las citadas Cámaras a entrar en talleres y oficios con el objeto de examinar e inspeccionar, con lo cual la prohibición *prima facie* es sustituida por una permisión definitiva. Pero esta permisión es equivalente a un no-derecho definitivo a la omisión de ingreso. De esta manera, el derecho *prima facie* es sustituido por un no-derecho definitivo de igual contenido. Sobre este último caso, véase BVerfGE 32, 54. Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 274-275.

154 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 274-275.

155 BVerfGE 28, 243, 261.

156 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 275-276.

157 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 274.



quien define a los derechos fundamentales, en el marco de una dogmática de los derechos fundamentales como parte del esquema "regla-excepción", como aquellas normas jurídicas que excluyen los efectos jurídicos iusfundamentales que normalmente deberían producirse con base en el cumplimiento del tipo (ámbito normativo) iusfundamental, esto es, los presupuestos negativos de los efectos jurídicos iusfundamentales, que ya no son componentes del tipo iusfundamental. Rechaza el concepto de restricciones de Alexy, por tratarse de un concepto deducido a partir del resultado del examen iusfundamental, y por ello no adecuado para designar sintéticamente las condiciones negativas abstractas existentes al margen de las circunstancias del caso particular para que se produzcan los efectos del derecho fundamental. En cambio se muestra Sachs más próximo al concepto de Alexy de las "cláusulas restrictivas" de los derechos fundamentales<sup>158</sup>. Alexy contrapone, en efecto, al concepto de "restricciones" el de cláusulas restrictivas en el sentido de que las primeras corresponden a la perspectiva del derecho, mientras que las segundas corresponden a la perspectiva de la norma. Y define así la cláusula restrictiva como "la parte de la norma completa de derecho fundamental que dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que el supuesto de hecho [tipo] del derecho fundamental garantiza *prima facie*", pudiendo ser expresas o tácitas.

Entre nosotros, Aguiar de Luque define a los límites a los derechos fundamentales, con una finalidad meramente operativa y con un sentido muy general y omnicomprensivo, como "toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen en contenido de los citados derechos".

Por nuestra parte, y sin perjuicio de reconocer el valor de las definiciones anteriores con carácter complementario, diríamos que un límite a un derecho fundamental es toda exclusión jurídica (normativa, jurisdiccional, jurisprudencial o administrativa) de una determinada conducta, situación o posición jurídica, incluida *a priori* en el "tipo" (también llamado ámbito normativo o de protección o supuesto de hecho) de un derecho fundamental, del ámbito *definitivamente* protegido de tal derecho. Este concepto parte de la existencia de un "tipo" o supuesto de hecho del derecho fundamental (libertad de expresión, por ejemplo) dentro del cual caben conductas múltiples. Se parte de que todas las conductas que encajan en ese tipo son conductas permitidas y protegidas jurídicamente a través de la categoría del derecho fundamental. Esta es la regla. Pero es generalmente admitido que no sería posible permitir, y proteger, absolutamente todas las conductas que encajen en dichos "tipos iusfundamentales" o ámbitos normativos del derecho fundamental, por lo que aparece así la idea de límites. Hay casos en que una conducta que encuentra apriorísticamente cobertura en uno de estos derechos fundamentales, no puede resultar, sin embargo, definitivamente amparada

---

158 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 226-227. No obstante, algunas cláusulas restrictivas según la concepción de Alexy serían, en cambio, para Sachs, rasgos del tipo iusfundamental.

por el derecho fundamental. Y hay también acuerdo en que, si bien ello hay que admitirlo por razones variadas, reconducibles en último término a la necesaria convivencia comunitaria, esos casos de exclusión de una conducta inicialmente comprendida en el tipo iusfundamental han de ser excepcionales, pues de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza misma del derecho, tanto más cuanto éste se califique de fundamental.

Pero, como podrá fácilmente comprenderse, una vez admitida la necesaria existencia de excepciones por medio de las cuales se excluya a determinadas conductas de la protección iusfundamental, la cuestión estriba en determinar cuáles son esas excepciones. Con ello se pone de relieve que, junto al primer nivel de fijación del ámbito protegido de principio por el derecho fundamental y el segundo nivel constituido por las excepciones, debe haber por lo menos un tercer nivel para saber si la excepción de que en cada caso se trate resulta o no admisible. Y el único parámetro para determinar esa admisibilidad o justificación es la Constitución, porque si los derechos fundamentales son derechos protegidos al máximo nivel normativo por el Texto Básico, cualquier limitación a los mismos habrá de encontrar también en él su base, pues lo contrario podría conducir a dejar convertidos los derechos fundamentales por él proclamados en mero papel mojado.

Pero repárese en que en el concepto de límites aquí ofrecido encajan tanto los límites constitucionalmente admisibles como los inadmisibles, que es una cuestión distinta y que no afecta al concepto de límites. Y por ello mismo, aunque ha de tratarse de una exclusión "jurídica" (en el sentido de que no se refiere a los llamados límites que, de hecho, se derivan de la desigualdad económica o cultural entre los ciudadanos, por ejemplo), se trata de exclusiones que pueden expresarse o encauzarse tanto a través de una norma, como de una resolución o actuación formalmente judicial o administrativa<sup>159</sup>, como, en fin, de una actuación puramente fáctica. Luego esas exclusiones podrán resultar, o no, constitucionalmente justificadas y no lo estarán, por ejemplo, si no tienen cobertura legal o no persiguen una finalidad constitucionalmente legítima o no son proporcionadas respecto de dicha finalidad, etc. Sólo cuando estén constitucionalmente justificadas, y ello lo determinará en último término el TC, puede hablarse de límites legítimos o admisibles. Pero también cuando no sean límites legítimos estaremos ante límites al derecho. Así, el concepto de límite aquí ofrecido se identifica en gran medida con el de "intervención" en el derecho fundamental, que abordaremos en otros capítulos, si bien en puridad la "intervención" es uno de los elementos de la

---

159 Es verdad que la limitación, justamente para ser legítima, deberá aparecer cubierta por una reserva de ley y ya sólo por eso cabría pensar que toda limitación ha de ser normativa, sin perjuicio de que luego se aplique por la Administración o el juez o por los ciudadanos. Pero con ello estaríamos confundiendo el concepto de límites con el de límites *constitucionalmente legítimos* a los derechos fundamentales o uno de los presupuestos para su legitimidad (la reserva de ley). Por la misma regla de tres cabría sostener que son límites sólo las normas "proporcionadas", por ejemplo. Pero ni ello responde al uso habitual del concepto de límites ni sobre todo es un concepto técnicamente útil.

técnica para examinar si una restricción de un derecho fundamental es o no legítima.

Y debe destacarse igualmente que el concepto de límite que aquí se ofrece es un concepto amplio en un doble sentido: en primer lugar, en la medida en que se entiende por límite cualquier restricción de las posibilidades de actuación amparadas *prima facie* por el concreto derecho fundamental; y además, más concretamente, porque responde a una concepción extrínseca de los límites a los derechos fundamentales, que parte del rechazo enérgico, como habrá ocasión de comprobar a lo largo de esta investigación, de la categoría de los límites inmanentes, ampliamente extendida entre nosotros, que serían unos límites que, en una extraña y cuasi-mística concepción, pretendidamente emanarían del propio derecho y, más que limitarlo, lo “delimitarían”.

Cualquier restricción del ámbito inicialmente protegido de un derecho fundamental es un límite al derecho y, sólo por ello, habrá de someterse a un riguroso examen de su justificación, conforme a una serie de garantías que se han ido desarrollando históricamente en nuestros Estados de Derecho y hoy están constitucionalmente asumidas, en lo que aquí importa, en España. No hay posibilidad de que operen concepciones próximas a lo místico de ciertos límites que surgen del propio derecho, pues ello no sólo es una *contradictio in terminis* en la medida en que un derecho fundamental, por definición, ha de comprender conductas sólo *a priori* protegidas, sino sobre todo porque ignora la función propia, como conquista histórica del Estado de Derecho, de la categoría de los límites a los derechos fundamentales (como contrapuestos a su conformación o configuración), que es la de hacer presentarse a cualquier exclusión de una conducta protegida en un principio por uno de esos derechos fundamentales, en primer lugar, como una excepción y, ya en segundo lugar, como una excepción que, además, ha de ser *rigurosamente* justificable, y justificada, *en términos de Derecho Constitucional*, de manera que si la justificación no tiene rango constitucional, la medida restrictiva del derecho fundamental no tendrá siquiera la “oportunidad” de la constitucionalidad, y aun siendo de tal rango, deberá superar los estrictos criterios que la Constitución exija para ser legítima.

No hay posibilidad para que actúen aquí categorías que pretendan excluir, desde presupuestos a nuestro modo de ver un tanto irracionales, esa necesidad de justificación, haciendo saltar por los aires un sistema cuidadosamente construido para proteger a la libertad, bien sea sólo en ciertos casos excepcionales, bien sea con un alcance más amplio. Los únicos límites posibles a los derechos fundamentales son, pues, en nuestra concepción, límites externos o extrínsecos al derecho, pues los llamados límites intrínsecos, internos o inmanentes son una aberración jurídica a través de la que pretende burlarse el sistema, cuidadosamente construido y dolorosamente conquistado, de protección de la libertad en que los derechos fundamentales consisten, bien que tales concepciones tienen en algunos casos un alcance muy limitado, pero han de ser igualmente rechazadas, a nuestro juicio, en la medida en que abren un

peligroso portillo y pretenden introducir un verdadero caballo de Troya en el seno de los derechos fundamentales.

En otro orden de cosas, cabría pensar que no habría ninguna diferencia entre los supuestos en que la conducta de que se trate no está, ya de entrada, protegida por el derecho fundamental y aquellos otras hipótesis en que el derecho protege tal conducta *prima facie*, pero no, en cambio, de manera definitiva, pues lo importante es que en la realidad al final el derecho fundamental no ampara la conducta en cuestión. Esta interpretación reposa en un fondo de verdad (la falta de amparo de la conducta por el derecho fundamental) pero es sustancialmente incorrecta, pues existe una importante diferencia entre una y otra hipótesis: mientras que si el derecho fundamental ampara simplemente *prima facie* la conducta, será preciso que concurren toda una serie de requisitos o presupuestos que son *conditio sine qua non* de su legitimidad (reserva de ley, generalidad de la ley, proporcionalidad, contenido esencial), pues de lo contrario la conducta estará permitida, cuando el derecho fundamental ya *ab initio* no ampara la conducta, en cambio, no es preciso que se den esos presupuestos ni hay propiamente una cuestión de derechos fundamentales que exija comprobar su concurrencia.

En lo que se refiere a la terminología, junto al concepto de límites, podemos referirnos al de "limitación" de los derechos fundamentales. En realidad, el concepto de "limitación" es básicamente equivalente al de "límite", en una de sus significaciones, pero tiene también otro significado adicional, desde nuestro punto de vista, como el proceso global por el que se aplican distintos límites a un derecho fundamental. Puede decirse, por ejemplo, que "la ley establece un límite o una limitación a la libertad religiosa" y ahí los dos términos serán sinónimos. Pero, en cambio, en la frase "la limitación del derecho fundamental a la integridad física tiene que realizarse observando el principio de proporcionalidad", el vocablo o concepto de limitación no es exactamente intercambiable con el de "límite" o "límites", aunque sin duda alguna sí son próximos: la "limitación" vendría a ser la puesta en práctica de los límites; el límite sería potencia, por así decirlo, y la limitación sería acto. Esta diferenciación no tiene, sin embargo, mayor relevancia. Podría también, convencionalmente, reservarse el término de "límites" para aquellas restricciones normativas del derecho fundamental que resulten constitucionalmente legítimas, y tal es más bien el concepto de Alexy o Stern, y denominar "limitación" (o intervención) a lo que, con un criterio más lato, hemos definido aquí como límite, pero para que esta diferenciación terminológica fuera útil se precisaría un mínimo consenso, que hoy no existe. Por tanto, puede decirse que los términos de "límite" y "limitación" son sustancialmente intercambiables y se emplean ambos anfibológicamente, pues a veces hacen referencia a las normas que restringen legítimamente un derecho fundamental, mientras que en otras ocasiones se refieren a cualesquiera actuaciones jurídicas latamente entendidas por las que se restringe el derecho fundamental, tanto si son restricciones normativas como si no es así y tanto si son legítimas como si no. Al primer uso responden las

definiciones de Sachs y Stern y al segundo la definición que aquí hemos propuesto. No son excluyentes, ambos usos son necesarios, una vez aclarado su doble significado.

Sí que tiene importancia, en cambio, la diferenciación entre la limitación, o fijación de límites a un derecho fundamental, y la "delimitación" del derecho fundamental, que se refiere a la tarea por la que se fija el contenido inicialmente protegido por el derecho fundamental, sus linderos, fuera de los cuales cualquier conducta no estará amparada, ya de principio, por el derecho, linderos que en ningún caso hay que confundir con los "límites" del derecho. Ésa es la diferenciación entre los límites (o la limitación) a un derecho fundamental y su configuración o conformación en sentido estricto, cuestión ya tratada en un momento anterior en este trabajo.

Por último, justamente por nuestra concepción de que todos los límites a un derecho fundamental son límites externos, y no internos ni inmanentes al mismo, consideramos que debe hablarse de límites "a" los derechos fundamentales y no de límites "de" los mismos, pues, aunque no hay que hacer de ello una cuestión de principio, la preposición "a" hace referencia a ese carácter externo al derecho, mientras que la preposición "de" alude más bien a unos límites que proceden *del* derecho mismo, como algo inmanente a él. Con ello, no queremos significar, evidentemente, que quien hable de límites "de" los derechos sostenga que se trata de límites intrínsecos o inmanentes o que al menos éstos son admisibles y quien habla de límites "a" los derechos sostenga, por el contrario, que se trata de límites externos. Ambas terminologías son admisibles desde los dos planteamientos, pero no cabe duda que la de límites "a" los derechos responde, más bien, a planteamientos que conciben a tales límites como externos al derecho mismo. De ahí que mostremos nuestra preferencia por esta última terminología, sin excluir por ello tampoco la otra.

## **2.- Las clasificaciones de los límites a los derechos fundamentales**

Son muy diversas las clasificaciones de los límites a los derechos fundamentales llevadas a cabo por la doctrina alemana, pluralidad que resulta favorecida por la propia regulación un tanto asistemática de la propia LF de la cuestión de los límites a los derechos fundamentales. En muchos casos, la doctrina no propone estrictamente una clasificación, pero en su estudio de la cuestión de los límites a los derechos fundamentales sigue una determinada sistemática que permite hablar de la propia clasificación seguida de los derechos fundamentales, que suele responder, en buena medida, a la propia concepción de los límites y a la solución que se da a algunas cuestiones que estos plantean a la dogmática. Pero, en muchos casos, la utilización de una determinada clasificación no excluye la utilización de las demás, sino que es posible superponer unas a otras, proporcionando cada una perspectiva especial de una serie de problemas planteados por los límites iusfundamentales. También en este trabajo de investigación se seguirá una determinada

sistemática y, con ello, una determinada clasificación de los límites a los derechos fundamentales, que es, además, una sistemática integradora de varias clasificaciones ya existentes sobre los límites a los derechos fundamentales, como luego se verá. Ahora, aludiremos a las más importantes clasificaciones propuestas en la doctrina alemana<sup>160</sup>, que son aplicables también en su formulación a nuestra Constitución y también expondremos alguna clasificación que se ha propuesto entre nosotros.

### A) Límites constitucionales directos e indirectos

Esta clasificación la considera Alexy como "imprescindible" en cuanto que un derecho fundamental sólo puede ser limitado bien por la propia Constitución, bien, al menos, con fundamento en la Constitución. Los límites a los derechos fundamentales son, por ello, siempre normas de rango constitucional o normas de rango subconstitucional cuya existencia viene autorizada por normas constitucionales. Límites de rango constitucional son límites constitucionales directos; límites de rango subconstitucional son los límites constitucionales indirectos. Distingue, además, Alexy, entre restricción y cláusula restrictiva. El concepto de restricción corresponde a la perspectiva del derecho fundamental; el de la cláusula restrictiva a la perspectiva de la norma de derecho fundamental. Una cláusula restrictiva es la parte de la norma completa de derecho fundamental que dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que el "tipo" iusfundamental garantiza *prima facie*. Las cláusulas restrictivas pueden ser expresas o tácitas<sup>161</sup>.

Pues bien, entre las restricciones directamente constitucionales distingue Alexy entre cláusulas expresas y cláusulas tácitas. Dentro de las primeras incluye Alexy, en primer término, a ciertas cláusulas que son parte de una frase mediante la cual se confiere el derecho fundamental, lo que hace controvertido y dudoso si son cláusulas restrictivas o, según tesis muy difundida que se rechaza, partes del tipo iusfundamental. El caso paradigmático es el del derecho de reunirse "pacíficamente y sin armas" (art. 21 CE y 8 LF), pero problemas similares plantean otras cláusulas de la LF ("todos los alemanes" respecto de diversos derechos; "con las armas" respecto de la objeción de conciencia al servicio militar; o "fuentes accesibles a todos" respecto de la libertad de información) o de nuestra Constitución. Su peculiaridad consistiría en que ha sido el propio legislador constitucional en estos casos quien ha formulado la restricción definitiva, no limitándose a establecer un principio opuesto al derecho fundamental, sino una regla, pues ese sería el carácter de estas disposiciones, si bien detrás del nivel de la regla, conservaría su importancia el nivel del principio<sup>162</sup>.

---

160 Otras clasificaciones son las de Huber y Gygi entre límites a los derechos y excepciones de los mismos. Una exposición y crítica de esta clasificación puede verse en Marcel Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt...*, cit., pp. 115 ss.

161 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 277.

162 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 278-279. Sobre las consecuencias que de

En cuanto, en segundo lugar, a las cláusulas que, por una parte, no formulan ninguna autorización expresa para la imposición de restricciones, pero, por otra, se refieren a normas que, al menos en parte, tienen un rango inferior a la Constitución, a juicio de Alexy, sólo en la medida en que hagan referencia a una limitación por principios constitucionales podrán considerarse estas cláusulas como restricciones directamente constitucionales.

En cuanto a las cláusulas *tácitas* (directamente constitucional), considera Alexy como ejemplo modélico la fórmula del TCFA según la cual "teniendo en cuenta la unidad de la Constitución y la totalidad del orden de valores protegido por ella [...] los derechos fundamentales de terceros que entran en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional pueden excepcionalmente limitar, en relaciones concretas, también derechos fundamentales irrestringibles"<sup>163</sup>, equivalente a la doctrina de nuestro TC según la cual los derechos fundamentales pueden encontrar sus límites en la tutela de otros bienes o derechos constitucionales no expresamente fijados como límites al derecho fundamental (a los que nuestro TC, sin embargo, llama confusamente límites constitucionalmente "indirectos" cuando lo cierto es que se derivan directamente, bien que de manera tácita, de la Constitución)<sup>164</sup>. Estas cláusulas no autorizan, en cualquier caso, a una restricción sin base legal, ni en contra del principio de determinación de las normas o del orden de competencias, pues a las disposiciones iusfundamentales hay que adscribirles no sólo posiciones materiales sino también formales<sup>165</sup>.

En cuanto a las restricciones indirectamente constitucionales, distingue Alexy entre cláusulas de reserva explícitas e implícitas. Las primeras son aquellas disposiciones iusfundamentales o partes de las mismas que autorizan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones (artículos 2.2, frase 2ª; 8.2; 10.2; 11.2; 13.2 y 3; 17a LF). Dentro de ellas hay que distinguir, a su vez, entre reservas simples y cualificadas, según que se confiera sin más la competencia para imponer restricciones (art. 2.2, frase 3ª, por ejemplo) o experimente una limitación de contenido (por ejemplo, artículo 11.2 LF), respectivamente. Cláusulas de reserva implícitas habría en todos aquellos casos en que en la LF se hace referencia a leyes ordinarias como restricciones, pues con ello se establece una competencia para la imposición de restricciones<sup>166</sup>.

ello desprende Alexy respecto del derecho de reunión "pacífica y sin armas" véase lo que decimos al tratar de los límites inmanentes en sentido estricto más adelante.

163 BVerfGE 28, 243, 261.

164 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º.

165 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 281-282.

166 En la LF son límites indirectamente constitucionales (cláusulas de reserva) *implícitos*, respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, los "derechos de terceros" en cuanto que se trate de derechos que no gocen de rango constitucional y el "orden constitucional", en cuanto que se trate de normas infraconstitucionales; la prohibición de asociaciones "cuyas finalidades o actividad contradigan las leyes penales" del artículo 9.2 LF; y, respecto de la libertad de expresión y las libertades informativas, las "prescripciones de las leyes generales", las "disposiciones legales para la protección

También Stern distingue entre límites directamente constitucionales, límites constitucionales indirectos (a través de la reserva de ley, simple o cualificada) o límites que se derivan de la resolución de la colisión de un derecho fundamental, bien con otro u otros derechos fundamentales, bien con otros bienes constitucionales<sup>167</sup>.

Nuestro TC asume esta diferenciación cuando, ya en temprana jurisprudencia, señala, como ya se ha señalado en un momento anterior, que "la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo sus derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos"<sup>168</sup>.

#### **B) Límites inmanentes *stricto sensu* y límites externos (explícitos e implícitos o inmanentes *lato sensu*)**

Esta clasificación tiene para nosotros una extraordinaria importancia, pero no porque permita distinguir con claridad entre distintos tipos de límites a los derechos fundamentales, sino en la medida en que pone de relieve la existencia de concepciones según las cuales ciertos límites a los derechos se derivarían del "interior" del propio derecho fundamental, mientras que otros operarían desde fuera de él. Son estas concepciones las que dotan de sentido a una clasificación como la que aquí se expone. Pero conviene precisar ya desde el primer momento que, en la doctrina alemana se habla también de límites "inmanentes" para designar a aquellos límites que se derivan —según el TCFA reconoció tempranamente, como también lo ha hecho nuestro propio TC— de la necesidad de cohonestar el ejercicio de los derechos fundamentales con otros derechos igualmente fundamentales u otros bienes constitucionales, preservando también estos últimos. Pues bien, es preciso diferenciar, y ello no se hace por lo general en la doctrina alemana con claridad, entre estos límites llamados "inmanentes" y los verdaderos límites intrínsecos, internos o inmanentes. Por ello, y a fin de no cambiar la terminología utilizada en el Derecho alemán, en el capítulo referido a Alemania, diferenciaremos entre límites inmanentes *stricto sensu* y estos límites inmanentes a que venimos refiriéndonos, a los que llamaremos límites inmanentes *lato sensu*, tal y

---

de la juventud" y "el derecho al honor personal". En este último caso, puede haber un deber del legislador de proteger el honor personal en la medida exigida por la Constitución, con lo cual la competencia concedida al legislador para limitar la libertad de expresión y las libertades informativas por la cláusula "derecho al honor personal" es una competencia enmarcada por deberes iusfundamentales de protección. Sin embargo, esto no altera en nada la existencia de la competencia y, con ello, el carácter indirectamente constitucional de las normas que el legislador tiene que imponer o no derogar para usar debidamente su competencia. Rober Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 279 ss.

167 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 709, 292 ss. y 369 ss.

168 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º.



como hace Bleckmann, uno de los pocos autores que distingue con claridad *terminológica* meridiana entre unos y otros en la doctrina alemana. Pero conste ya aquí que si lo hacemos así es simplemente para no separarnos de la terminología utilizada en general en la doctrina alemana, terminología que, sin embargo, consideramos absolutamente confusa pues tiende a confundir entre dos categorías que deben permanecer conceptualmente bien separadas y la falta de separación. Y sobre todo, no hay necesidad de mantener esa confusión terminológica, y menos todavía de introducirla entre nosotros. Y pues estamos aun a tiempo, hay que diferenciar no sólo conceptualmente entre los límites inmanentes *stricto* y *lato sensu*, sino también terminológicamente y, con relación a los segundos, ha de preferirse, por ello, la designación de límites implícitos (a la Constitución). Es cierto que puede sostenerse que tales límites, que son los que derivan para un derecho fundamental de la necesidad de preservar otros derechos fundamentales o bienes constitucionales aun sin estar explícitamente previstos en el texto constitucional, son límites "inmanentes" al sistema constitucional, derivados de una interpretación sistemática del texto constitucional<sup>169</sup>. Pero en la medida en que es una terminología que puede inducir a confusión entre la "inmanencia" que deriva del derecho fundamental mismo y la que deriva del sistema constitucional en que los derechos necesariamente se insertan, es una terminología que debe evitarse en lo posible. Ello se logra mediante la denominación de los límites inmanentes *lato sensu* como límites implícitos, no sólo porque son o están implícitos en una interpretación de conjunto de la Constitución, sino también porque se contraponen a los límites en ella expresos o explícitos. Por consiguiente, la diferenciación a que aquí nos referimos es la que distingue entre límites internos o intrínsecos al derecho fundamental (inmanentes) y límites externos al mismo, entre los que se incluyen también los límites implícitos (o inmanentes en sentido estricto, en la doctrina alemana).

Pues bien, hecha esta aclaración, hay que decir que, al menos en el caso español, y a nuestro modo de ver, sólo hay límites externos al derecho fundamental. No existen, sencillamente, límites inmanentes en

---

169 Este es la noción que, tácitamente, sostiene buena parte de la doctrina alemana y parece ser también la que sigue, entre nosotros, e influenciado posiblemente por la doctrina alemana, la que sostiene Aguiar de Luque (Luis Aguiar de Luque, "Los límites...", cit., p. 21) cuando contrapone los límites que él llama "intrínsecos" (límites implícitos en la noción misma del derecho fundamental afectado y que derivan de la incorporación de éste al ordenamiento pero en todo caso operantes en el interior del propio derecho fundamental) e "inmanentes" (límites "irremediables" como consecuencia de la incorporación del derecho fundamental a un sistema complejo como el ordenamiento jurídico y que son límites externos a su contenido). La contraposición va en la línea de la necesaria claridad conceptual que aquí se propugna. Lo que ocurre es que la terminología es confusa y así lo prueba el hecho de que otros autores utilizan el concepto de límites "intrínsecos" como equivalente a límites inmanentes y no en el sentido defendido por Aguiar. Por ello, partiendo de la clarificación conceptual, se impone también una mayor claridad terminológica en el sentido que se indicará en el texto.

sentido estricto, categoría que debe por ello rechazarse. Cualquier restricción a un derecho fundamental es una restricción externa al derecho, que procede de fuera de él y que si quiere resultar válidamente operativa en términos jurídicos ha de resultar constitucionalmente justificada y someterse al conjunto de garantías que la Constitución prevé, y que son propias de un Estado de Derecho, para cualquier actividad limitadora de un derecho fundamental: reserva de ley, generalidad, exclusividad jurisdiccional en su caso, principio de proporcionalidad, contenido esencial. La limitación de los derechos fundamentales no admite, en este sentido, atajos; no hay huecos para limitar los derechos fundamentales sin sujeción rigurosa a esas garantías. Ya lo acabamos de señalar al referirnos al concepto de límites a los derechos fundamentales y sobre ello volveremos al estudiar el sistema alemán y el nuestro propio. Baste ahora aquí con dejar apuntada esta idea general, que hace inválida la clasificación que distingue entre límites inmanentes (estrictos) y límites externos salvo en la medida en que ello resulte útil para excluir toda posible existencia de los primeros.

Resulta, en cambio, de utilidad distinguir entre los límites expresos en el texto constitucional para cada derecho fundamental (o en su caso, para varios de ellos o para todos incluso) y los límites implícitos, esto es, aquellos que, sin figurar expresamente como tales en la Constitución para un determinado derecho fundamental o para varios de ellos, se deducen en una interpretación sistemática de la misma, bien por ser bienes constitucionales cuya preservación exige dicha limitación, bien a través de un trasvase de los límites expresos de un derecho fundamental a otro u otros. Tiene una gran importancia en la fijación de estos límites la intervención del legislador, pues es a él a quien corresponde primariamente concretar en cada momento histórico para cada derecho fundamental, y en función de sus opciones político-ideológicas, esos límites implícitos, sin perjuicio del control último por parte del TC. Si el bien en cuestión puede considerarse un bien constitucional y si puede tal bien constitucional operar, y bajo qué condiciones, como un límite implícito a un derecho fundamental es una decisión que corresponde tomar, en primer lugar, al legislador, que es quien hace explícitos los límites que sólo implícitamente están en la Constitución y, en último término, será el TC quien examine dicha decisión del legislador con arreglo a parámetros constitucionales para determinar su legitimidad, especialmente el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, conviene destacar dos cuestiones a este respecto. Por un lado, un determinado bien constitucional puede operar legítimamente como un límite implícito para un determinado derecho fundamental o, mejor dicho, respecto de determinados aspectos de un derecho fundamental y, en cambio, no respecto de otros aspectos o respecto de otros derechos fundamentales. Por otro lado, debe decirse que el legislador no desempeña, al fijar esos límites implícitos a los derechos fundamentales, un función puramente declaratoria ni tampoco estrictamente constitutiva. Su tarea no es, en efecto, pura y simplemente la

declaración de unos límites que estén en la Constitución, porque ésta no los exige en muchos casos, sino que simplemente los permite. Pero tampoco es una función exclusivamente constitutiva la que corresponde al legislador, pues la Constitución le ofrece un marco en el que caben posibilidades variadas igualmente legítimas, y que pueden cambiar además en función de las circunstancias históricas, pero hay también otras muchas posibilidades que, justamente por la posición central que a los derechos fundamentales corresponde en nuestro sistema constitucional, le están constitucionalmente vedadas. Para caracterizar la función del legislador respecto de los límites implícitos podría hablarse de una función constitutiva limitada<sup>170</sup>.

Sea como sea, lo dicho respecto de la función que hemos llamado "constitutiva limitada" del legislador en la determinación de los límites implícitos a los derechos fundamentales no debe tampoco llevarnos a pensar que, en ello, se contraponen absolutamente tales límites a los expresos, en los que la función del legislador sí que sería puramente declaratoria, tal y como sostiene Aguiar de Luque<sup>171</sup>. Ello, sin embargo, a nuestro modo de ver, tampoco es así, porque en el caso de los límites expresos, si bien es cierto que es la propia Constitución la que fija los límites, no lo es menos que la Constitución los señala de una forma genérica, precisada por lo general de concreción por parte del legislador y ahí tiene el legislador también una amplia libertad para fijar límites más o menos amplios, más o menos generosos, pero igualmente legítimos, en función de sus opciones político-ideológicas. Su función no es propiamente constitutiva, pero tampoco meramente declaratoria, sino más bien concretizadora en sentido estricto, con ciertos e innegables elementos constitutivos.

La cuestión ha sido analizada por Alexy, quien ha destacado que si la existencia de reservas de ley plantea la posibilidad de que las mismas vengán a operar como un cauce por el que se vacíen de contenido los derechos fundamentales, y ello se soluciona por medio de una sujeción del propio legislador a los derechos fundamentales, por otro lado, esto último plantea "el peligro de una sujeción demasiado fuerte" por medio de interpretaciones según las cuales las reservas de ley no establecerían propiamente ninguna competencia del legislador para imponer restricciones a los derechos, sino sólo una competencia de interpretación, no para establecer constitutivamente límites, sino para fijar con un carácter puramente declaratorio los límites que resultan ya de sopesar o evaluar los principios constitucionales. La legislación de reserva no sería más que la interpretación de las restricciones que ya existen en virtud de la Constitución y la razón de la adscripción de estas competencias al legislador residiría, sobre todo, en que existe un margen de

---

170 Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º, donde se viene a reconocer, como no podía ser de otro modo, que el legislador no tiene una función puramente declaratoria en estos casos.

171 Luis Aguiar de Luque, "Los límites...", cit., p. 19.

interpretación<sup>172</sup>. Pero esta concepción presenta, como el propio Alexy señala, el inconveniente básico de que existen numerosos casos en que el legislador puede *decidir* si impone o no restricciones, distinguiéndose aquí dos grupos de casos: a) un caso del primer grupo se da cuando no es claro si una restricción R es o no admisible en vista del peso de principios opuestos. Bajo estas circunstancias, la competencia de decisión del legislador es una competencia para la determinación de la interpretación vinculante; b) un caso del segundo grupo se da cuando es claro que la restricción R es admisible en vista del peso de principios opuestos, pero el legislador tiene la libertad de imponerla o no. La existencia de este tipo de casos estaría excluida sólo si toda restricción admisible (permitida) estuviera también ordenada. Esto no puede suponerse. Así, existen casos en los cuales el legislador puede ser más generoso en contra de bienes colectivos y a favor de derechos individuales que lo que tendría que ser, esto es, el legislador puede realizar, si lo considera oportuno, el derecho fundamental en una medida mayor que la que le viene exigida por la LF. En ambos grupos de casos, es claro que el legislador fija constitutivamente límites a los derechos fundamentales<sup>173</sup>.

El TCFA tuvo que abordar el problema que subyace en el fondo a esta cuestión teóricamente así planteada por Alexy, la de los intereses que podrían justificar una limitación de los derechos fundamentales sujetos a reserva de ley (si tenían que ser intereses de jerarquía constitucional necesariamente), con ocasión de la libertad de profesión del artículo 12, sometida a una reserva de ley "simple" (esto es, sin específicos criterios materiales delimitadores de la competencia reguladora del legislador). Y entenderá el Tribunal que estos derechos —por contraposición a los derechos que no están sometidos a reserva, que sólo pueden ser limitados por un interés público constitucional, como hemos visto— pueden ser limitados por cualquier interés público, tanto si es un interés constitucional recogido en sede de derechos fundamentales, como si está recogido en otro capítulo de la Constitución, por ejemplo en el catálogo de competencias, como si se trata incluso de un interés no constitucional<sup>174</sup>. Pero, al mismo tiempo, el TCFA ha venido a señalar al legislador ordinario ciertos límites y así señala en la sentencia a que nos referíamos unas líneas más arriba: "Son dignos de protección aquí no sólo los valores comunitarios 'absolutos', esto es, reconocidos generalmente e independientes de cualquier política (como por ejemplo, la salud pública). El legislador puede aprovechar la ocasión de las regulaciones de la profesión también para los intereses comunitarios, que en este sentido no le son fijados, que resultan más bien en primer lugar de sus particulares concepciones y objetivos de política económica, social y comunitaria y que él mismo en principio eleva al rango de intereses comunitarios importantes. En tales casos, no puede el Tribunal Constitucional Federal rechazar ya las

172 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 284.

173 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 284-285.

174 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997, p. 431.

regulaciones de la profesión porque las concepciones políticas en que se basan sean discutidas. El Tribunal se limita al examen de si los intereses públicos cuya protección lleva a cabo la regulación legislativa pueden representar en realidad valores comunitarios de tan alto rango que justifiquen una restricción de la libre elección de la profesión. Sólo puede rechazar las concepciones del legislador cuando ellas sean evidentemente erradas o incompatibles con el orden de valores de la Ley Fundamental"<sup>175</sup>.

Ahora bien, como ha aclarado el TCFA, con ocasión de su teoría de los tres niveles (desarrollada sobre la libertad de profesión), en caso de intervenciones enérgicas o intensas en los derechos fundamentales puede ser necesario que sea un bien comunitario especialmente importante o sobresaliente el que requiera la regulación. Con ello, sin embargo, nos dice Bleckmann, "los intereses públicos que pueden ser realizados en el marco de la reserva general de ley no son, en suma, limitados". La cuestión del bien comunitario especialmente importante es más bien relevante solamente en un contexto ulterior, en el del examen de la proporcionalidad por medio de la ponderación de los intereses públicos con los derechos fundamentales afectados"<sup>176</sup>.

En definitiva, el legislador tiene abierta la posibilidad de llevar a cabo diversas "políticas de derechos fundamentales", con unos límites que varían según se trate de límites constitucionales expresos o de límites implícitos, pues en el segundo caso el margen de maniobra del legislador será mayor; y en función, además, del derecho fundamental, o faceta del mismo, afectado, entre otras circunstancias. Nuestro TC ha reconocido este margen de maniobra al legislador para realizar diversas políticas de derechos fundamentales al señalar que "corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53"; "el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario"<sup>177</sup>.

### C) Límites de la garantía y límites de reserva

Von Mangoldt y Klein propusieron una clasificación de los límites a los derechos fundamentales que Sachs considera "el más pulido proyecto de una sistemática de los límites"<sup>178</sup>. Estos autores parten de la consideración de que, en realidad, no hay "según la pura lógica" límites de las disposiciones sobre derechos fundamentales sino sólo conceptos de las mismas, para cuya precisión puede ser necesaria la intervención

<sup>175</sup> BVerfGE 13, 97, 107.

<sup>176</sup> Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 431.

<sup>177</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º.

<sup>178</sup> Michael Sachs, en Klaus Stern, *Staatsrecht...*, cit., p. 227.

legislativa o incluso de la Administración o del juez con base en una ley. Contra la terminología de "restricciones" o "límites" a esos derechos no hay nada que objetar si se considera que, en un sentido estrictamente lógico, no se trata de límites sino de determinaciones del contenido de cada derecho. La sistemática de los límites que proponen se orienta a lograr un mejor conocimiento de esas variedades de determinación del contenido de los derechos fundamentales<sup>179</sup>.

Parten von Mangoldt y Klein de la "ficción" conceptual de un "complejo absoluto fijo", debiendo entenderse por tal los conceptos (de las disposiciones de derechos fundamentales) que resultan de los que estos autores llaman "límites de la garantía de los derechos fundamentales", que se contraponen a los "límites de reserva". Los primeros tendrían como causa la propia garantía y los segundos la reserva y la relación sistemática del derecho fundamental con los restantes valores y principios constitucionales. Los límites a la garantía se subdividen, a su vez, en límites objetivos y personales. Los primeros son determinados objetivamente a partir de su contenido y esencia, debiendo ser especificados para cada derecho. Los límites *personales* a la garantía se determinan en función de los legitimados al ejercicio del derecho. También distinguen entre si los límites de la garantía están contenidos en la propia garantía del derecho fundamental de que se trate (límites inmanentes a la garantía) o que resulten del sistema de disposiciones iusfundamentales (límites sistemáticos a la garantía), sin que haya una correspondencia entre esta última clasificación y la anterior pues tanto los límites inmanentes como los sistemáticos a la garantía pueden ser objetivos o personales<sup>180</sup>. Según ello, diferencian estos autores cuatro tipos de límites a la garantía: a) límites a la garantía objetivos e inmanentes, especialmente el concepto del objeto garantizado (pensamiento, conciencia, religión, arte, ciencia, asociación, vivienda, propiedad, herencia, etc.); b) límites a la garantía objetivos y sistemáticos, que requieren para su determinación una cierta ponderación, y siendo de destacar en este ámbito las relaciones tirantes entre los derechos de libertad y los de igualdad entre los numerosos ejemplos existentes pues cuanto más espacio se deje al individuo para el libre desarrollo de su personalidad, tanto más desigual es la relación de unos con otros<sup>181</sup>; c) límites a la garantía personales e inmanentes,

---

179 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Band I, Franz Vahlen, Berlin/Frankfurt, 1957, p. 122.

180 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., pp. 123-124.

181 Aquí se refieren también estos autores a los que denominan límites a la garantía objetivos y sistemáticos *de segundo grado*, que tienen un "carácter especialmente formal". Se trata aquí de una restricción de la disposición iusfundamental no directamente desde la garantía de otras disposiciones de derechos fundamentales en sí mismas, sino que resultan de que la otra disposición de derecho fundamental contiene, por su parte, una reserva en favor de una ley general o especial y/o en favor de medidas administrativas y decisiones judiciales con base en la ley y de que el legislador, la Administración o la jurisprudencia ha limitado esta disposición de derecho fundamental conforme a la reserva. Así, por ejemplo, el derecho de llevar a cabo procesiones, visto

comprendiéndose aquí los límites derivados del reconocimiento de ciertos derechos sólo a los nacionales; los límites derivados de la llamada mayoría de edad para los derechos fundamentales; y en tercer lugar, los límites que resultan del hecho de que el derecho de objeción de conciencia al servicio militar (con armas) sólo corresponde a las personas con obligaciones militares<sup>182</sup>; d) límites a la garantía personales y sistemáticos, como, por ejemplo, los que resultan para el principio de igualdad por la aplicación simultánea de una disposición de derechos fundamentales que sólo protege a todos los nacionales<sup>183</sup>; e) y añaden, por último, otra modalidad de límites personales a la garantía, que se derivarían de las relaciones especiales de poder<sup>184</sup>.

Y en cuanto a los límites de reserva, distinguen Mangoldt y Klein entre los directos y los indirectamente constitucionales. Los primeros se derivan de las propias regulaciones expresas de la LF, teniendo un efecto limitador *directo desde* la propia Constitución, con lo cual las leyes limitadoras tienen efecto puramente declarativo, al igual que ocurre con relación a los límites a la garantía. Estos límites pueden, a su vez, ser generales (derechos de otros, orden constitucional, ley moral) o especiales para un derecho en particular. Y límites de reserva indirectos son los límites por medio de leyes, medidas administrativas o decisiones judiciales que se verifican en virtud de una reserva de ley expresa relacionada con ellos, teniendo un efecto limitador sólo indirectamente desde la Constitución, aunque en ella se funden, pues no son establecidos por ella directamente. Estos límites indirectos de reserva no pueden ser generales en el sentido señalado para los límites directos pues una limitación indirecta general conduciría a la disolución de los derechos fundamentales, pero sí pueden ser límites con fundamento en la ley, o sólo con base en la ley, y cada una de estas dos modalidades puede aludir, a su vez, a leyes generales o a leyes especiales<sup>185</sup>. La ley tendrá efecto constitutivo en el caso de límites con fundamento en la ley; y en el caso de leyes solamente

---

desde el derecho fundamental de libertad de religión e ideología del artículo 4, apartados 1 y 2 LF, es limitado sistemáticamente por derivarse este derecho en igual medida de la libertad de reunión del artículo 8.1 LF como del derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 2.2, frase 2 LF, pero según el artículo 2.2, frase 3 LF esta disposición puede ser limitada con fundamento en una reserva en favor de una ley especial. Igualmente, el derecho, derivado del derecho fundamental de la libertad de religión e ideología, a oponerse a un requerimiento de vacuna es limitado sistemáticamente por deducirse igualmente del derecho fundamental a la intangibilidad corporal del artículo 2.2, frase 1 LF, pero que en su frase 3 es sometido a la reserva en favor de medidas administrativas y decisiones judiciales con base en la ley. Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., pp. 126-127.

182 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., pp. 127-128.

183 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., pp. 128-129. Se alude así, por ejemplo, a los derechos de los artículos 8.1, 9.1, 11.1 y 12.1, frase 1 LF (p. 213).

184 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., p. 129.

185 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., pp. 129 ss.

"con base" en la ley, un mero efecto autorizatorio, puesto que en este último supuesto no es la ley, sino la medida administrativa o la decisión judicial la que establece el límite indirectamente inconstitucional<sup>186</sup>.

Esta división, ciertamente compleja y sistemática, es, sin embargo, abandonada en lo esencial por Starck en la actualización de la obra en su tercera edición, aunque no sin una cierta ambigüedad pues mantiene en parte la terminología. A la clasificación de este autor nos referimos a continuación.

#### **D) Límites de reserva materiales, formales, de leyes generales y no expresos**

La clasificación que propiamente propone Starck se refiere a los límites de reserva, pues los que sigue llamando "límites a la garantía" los refiere ahora con toda claridad, con carácter general, al tipo o supuesto de hecho de los derechos fundamentales: "los límites a la garantía se refieren a la formulación del supuesto de hecho [tipo]". La terminología de "límites a los derechos fundamentales" se reserva para los "límites de reserva". Sin embargo, alude también a unas ciertas "excepciones" en que los límites a los derechos fundamentales son establecidos ya en el nivel del tipo, poniendo de ejemplo los que sigue denominando "límites personales inmanentes a la garantía" que restringen un derecho (la libertad de profesión, por ejemplo) a los nacionales, así como los "límites objetivos inmanentes a la garantía" en que el tipo de un derecho fundamental, descrito en principio con un concepto amplio, es después limitado por medio de la exclusión de una determinada modalidad (por ejemplo, "sin armas" en el derecho de reunión). Con ello podría parecer que sostiene Starck la existencia de límites del tipo o de la garantía, aunque sea con este carácter excepcional. Sin embargo, al mismo tiempo, alude al derecho de reunión como derecho que "no tiene límites expresos" en la Constitución, con lo cual no resulta clara su postura y no es posible presentarla aquí, sin tergiversarla, con una claridad que el autor no da<sup>187</sup>.

Y junto a estos límites se refiere a los límites de reserva. A este respecto, diferencia cuatro tipos de reserva de ley: a) Reservas de ley que establecen ellas mismas límites materiales para el derecho fundamental afectado, con independencia de si son límites directamente constitucionales o necesitan la concretización por medio de una ley<sup>188</sup>; b)

---

186 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., pp. 129 y 132.

187 Sobre ello, Christian Starck, Hermann v. Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Band I, Franz Vahlen, München, 1985, pp. 121-122. Christian Starck es el responsable de la actualización y revisión de la última edición de este clásico comentario.

188 Aquí incluye los siguientes límites: artículos 2.1; 5.2 (con relación a la protección del honor y de la juventud); 5.3, frase 2; 7.4 y 5 (en la forma de una reserva de autorización vinculante); 9.2; 10.2, frase 2; 11.2; 13.3 LF. Estos límites materiales protegerían bienes jurídicos (bien común, bien individual) que, a causa de la disposición constitucional expresa, deben tener primacía ante el ejercicio de la libertad. Habrá



Reservas formales de ley, que no establecen criterios limitadores materiales, sino sólo una competencia formal en favor del legislador para limitar los derechos fundamentales<sup>189</sup>; c) Reservas de ley que no contienen criterios limitadores materiales, ni tampoco se refieren a una ley especial limitadora del derecho fundamental de que se trate, sino a las "leyes generales" como límite del derecho<sup>190</sup>; d) derechos que no tienen ningún límite expreso<sup>191</sup>, pero a los que reconoce que hay que encontrar algún límite (no expreso, se entiende), describiendo para ello dos posibles caminos: el "préstamo" de límites, en especial del artículo 2.1, del artículo 5.2 respecto del artículo 5.3 o, con relación a los artículos 4.1 y 4.2, sobre todo del artículo 136.1 WRV con relación al artículo 140; o los llamados límites constitucionales indirectos o inmanentes constitucionales, que son límites que resultan de otros bienes protegidos por la Constitución, como por ejemplo de los otros derechos fundamentales o de deberes establecidos constitucionalmente<sup>192</sup>.

### **E) Límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho**

Peces-Barba, entre nosotros, propone una clasificación de especial valor por su originalidad y por su amplio alcance. Distingue las siguientes clases de límites: 1) Límites jurídicos generales y de carácter material, que no son exclusivos de los derechos fundamentales, sino que abarcan a todo el ordenamiento y que serían la moral básica positivizada en los valores superiores del ordenamiento jurídico que proclama el art. 1.1 CE; los bienes constitucionales, que "pueden encontrarse en normas de la propia Constitución, o en Leyes Orgánicas, en principios de organización de poderes e instituciones, o en otros principios"; y los derechos ajenos; 2) Límites generales específicos de los derechos fundamentales, no comunes a otros derechos subjetivos, y que serían límites formales, esto es, competenciales, pues habilitan al juez<sup>193</sup> (para casos concretos de modo

---

dificultades para su interpretación, pero lo importante es destacar que aquí es la propia Constitución la que lleva a cabo una valoración de la relación entre libertad y vinculación.

189 Aquí se incluyen los siguientes límites: artículos 2.2, frase 3; 8.2; 10.2, frase 1; 12.1, frase 2; 13. 2; 14.1, frase 2; 17a.1 LF.

190 Aquí incluye los artículos 5.2 y 9.2 LF ("leyes penales", y en parecida formulación, artículo 136.1 WRV en relación con los artículos 4 y 140 LF).

191 Aquí incluye los artículos 4.1 y 2 LF, en caso de que no se haga una remisión al artículo 136.1 WRV; 5.3 LF, en cuanto lo esté limitado por la cláusula de lealtad; 8.1, con relación a las reuniones en lugares cerrados; 12.1 LF respecto de la elección de profesión, del lugar de trabajo y de la plaza de estudio.

192 Christian Starck, Hermann v. Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Band I, cit., pp. 119 ss.

193 En realidad, a nuestro modo de ver, sólo podría hablarse de una habilitación mediata o indirecta al juez sin prescindir de la garantía de la reserva de ley. Más bien habría una habilitación directa al legislador para, a su vez, habilitar al juez a restringir derechos fundamentales en ciertas condiciones, que es justamente al legislador a quien corresponde establecerlas. Así se deduce de la jurisprudencia constitucional española actual: SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 6º; 126/1995, de 25 de julio FJ 3º y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 4º, aunque inicialmente no fuera tan claro en las

expreso, como en los arts. 18.2, 18.3, 20.5 y 22.4 CE, pero implícitamente para todos los derechos) o al legislador (art. 53.1 CE) a restringir derechos fundamentales; 3) Límites específicos de cada derecho y de carácter material, que no están necesitados de la *interpositio legislatoris*; 4) Límites en el caso concreto, en el ejercicio del derecho por su titular, pudiendo ser de dos tipos, según se sitúen en aspectos o formas de actuación del titular del derecho, o se encuentren en el acto de aplicación, en las circunstancias del caso. En el primer caso, se trata de límites subjetivos, que serían la prohibición del abuso del derecho y la exigencia de buena fe, respecto de los cuales considera que es irrelevante la sede de reconocimiento en que se encuentren pues son límites a todos los derechos. Y un límite subjetivo propio y exclusivo del derecho de reunión se fijaría por la Ley orgánica que lo regula por relación a la prohibición de las asociaciones de carácter paramilitar y consiste en la prohibición de utilizar uniformes paramilitares por los asistentes a una reunión. En el segundo caso, se trataría de límites tales como el sentido de la pena respecto de los reclusos (art. 25.2 CE), la jerarquía administrativa en el caso de los funcionarios, o el concreto ideario de un centro docente respecto de la libertad de cátedra de sus docentes y, sobre todo, en el caso del ejercicio de los derechos en las relaciones entre particulares<sup>194</sup>.

### 3.- Método de examen escalonado

En la doctrina alemana, se defiende un método de examen por niveles o escalones de las cuestiones o problemas relativos a los derechos fundamentales. Se trata de un método aplicado por el propio TCFA, aceptado de modo generalizado por la doctrina, y aplicado por los estudiantes para resolver casos prácticos, basados o no en asuntos resueltos ya por la jurisprudencia. No se trata de ningún tipo de elucubración teórica sino, por el contrario, una metodología de análisis con una dimensión fundamentalmente práctica, un expediente técnico que tiene por finalidad, en primer lugar, hacer más riguroso el examen o enjuiciamiento de las cuestiones de derechos fundamentales (especialmente de sus límites), pero también, quizás secundariamente, hacer dicho examen más previsible y controlable intersubjetivamente por la "sociedad abierta de intérpretes" de la Constitución, en especial por la comunidad de juristas. A dicho examen nos referiremos con gran detalle al estudiar el caso alemán. Este esquema nos parece suscribible, al menos en el marco de una teoría general, al margen de las especificidades que pueda presentar en el caso de algunos derechos fundamentales. Es también, *grosso modo*, el método de examen que sigue el TEDH en su jurisprudencia y, ya de un modo menos claro y sistemático, el TJCE.

Este método distingue entre el ámbito normativo del derecho fundamental, como contenido *ab initio* del derecho fundamental, antes de toda posible restricción; la intervención en el derecho fundamental, que se

---

SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3º y 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7º.

194 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso...*, cit., pp. 590 ss.

refiere a las distintas formas de interferencia o injerencia en ese ámbito inicialmente protegido por el derecho; y la justificación constitucional de esa intervención. Es un método de enjuiciamiento que, en buena medida responde a la naturaleza de las cosas, al esquema regla (libertad o derecho)-excepción (restricciones de la libertad o derecho) que rige en tantos aspectos o ámbitos del Derecho, pero que, a nuestro modo de ver, es antes que nada un expediente técnico que facilita el examen de las cuestiones iusfundamentales y lo hace más transparente.

Es especialmente importante destacar que un rasgo esencial de este método de enjuiciamiento es su carácter escalonado, que conlleva que debe determinarse un orden determinado de examen por escalones, de manera que en una primera fase se determine si una conducta encaja en el ámbito normativo, también llamado "tipo" (por analogía con los tipos penales), de un derecho fundamental concreto y, si tal encaje no se produce, se detenga el examen ya en este primer escalón por no tratarse de una cuestión de derechos fundamentales. Sólo si se produce dicho encaje, habrá que determinar, ya en una segunda fase de examen, a veces estrechamente ligada a la primera fase, si existe una intervención en el derecho fundamental, esto es, si se ha producido alguna afectación del mismo a través de una incidencia de cualquier modo restrictiva en la conducta que ya se ha determinado en la primera fase que encajaba en el ámbito normativo o tipo del derecho fundamental. Si no se ha producido esa intervención, habrá que detener igualmente el examen en esta segunda fase, pues si no hay intervención en el derecho fundamental ya no es preciso continuar con el examen de legitimidad constitucional. Sólo si se considera que ha existido una intervención o injerencia en el derecho fundamental, se procederá a iniciar la tercera fase de examen, en la que habrá que determinar si se respetan las exigencias que cada concreta Constitución establezca (especialmente, reserva de ley, mandato de cita, generalidad de la ley, principio de proporcionalidad, contenido esencial), con carácter general o específico para un derecho fundamental, para que una intervención en un derecho fundamental sea legítima. Esta tercera fase se dividirá en tantas subfases<sup>195</sup> como presupuestos exija la Constitución de que se trate para la legitimidad de una restricción a un derecho fundamental, de manera que si en alguna de esas fases se concluye que la medida interventora en el derecho fundamental, sujeta a examen, no respeta uno de los presupuestos constitucionales de su legitimidad (por ejemplo, no observa la reserva de ley, o el principio de

---

195 Por ejemplo, si se produce una entrada por parte de un policía en una vivienda, una vez determinado que resulta aplicable el derecho del art. 18.2 CE al caso y que se ha producido una intervención en tal derecho a través de la entrada, en la tercera fase de examen habría que distinguir las siguientes fases y subfases: 1.- Examen de la observancia de la reserva de ley; 2.- Examen de la observancia de la generalidad de la ley; 3.- Examen de la observancia de la reserva jurisdiccional; 4.- Examen de la observancia del principio de proporcionalidad: A.- Fin constitucionalmente legítimo; B.- Examen de la idoneidad o adecuación de la medida; C.- Examen de su necesidad; D.- Examen de su proporcionalidad en sentido estricto; 5.- Examen del respeto al contenido esencial.

proporcionalidad), habrá también que detener el examen y declarar, sin más preámbulos ni ulterior examen, inconstitucional dicha medida.

#### **4.- Especial referencia al “tipo” o ámbito normativo de los derechos fundamentales. Concepciones amplias y estrechas**

Como se acaba de decir, la primera fase del método escalonado de examen de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales viene referida a si el derecho fundamental de que se trate resulta aplicable al caso, esto es, si el ámbito normativo o “tipo” (así llamado por analogía con los tipos penales) del derecho fundamental (el sector de la vida social que protege el derecho fundamental) comprende o abarca, a través de la protección *inicial* que otorga, al supuesto sujeto a enjuiciamiento, pues si no fuera así, no estaríamos ante una cuestión de derechos fundamentales y no habría que proseguir con el examen. Es por ello necesario que nos refiramos aquí, siquiera brevemente, al ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales y a las concepciones globales contrapuestas que existen sobre el mismo, pues se trata de una cuestión que, lejos de ser meramente académica<sup>196</sup>, tiene importantes consecuencias y condiciona la propia concepción de los derechos fundamentales de una manera decisiva.

##### **A) El ámbito normativo, o “tipo”, de los derechos fundamentales**

Como señala acertadamente Hesse, cualquier derecho fundamental “encuentra su límite, por lo pronto, allí donde termina su radio objetivo de acción” y ello plantea la cuestión del llamado “ámbito normativo” de los derechos fundamentales. Se alude con este último término al “sector, con frecuencia ya amoldado jurídicamente, de la ‘realidad’ que es el objeto de la garantía<sup>197</sup>”. Se trata de saber, por ejemplo, si una determinada acción puede ser considerada como acción religiosa, arte o reunión, si un derecho fundamental es afectado por una determinada medida. A estos ámbitos objetivos es a los que se designa de modo mayoritario como “ámbito de protección”<sup>198</sup> o como “tipo”<sup>199</sup> o supuesto de

196 Sólo en este aspecto nos parece que no es correcto el planteamiento general de la cuestión que hace Luis Prieto Sanchís (“La limitación...”, cit., p. 434), si bien el autor en realidad se decanta por una concepción amplia del ámbito normativo del derecho fundamental, aunque no repara, a nuestro modo de ver, en las diferencias de largo alcance que técnicamente existen entre plantear un asunto en términos del ámbito normativo o protegido o, en cambio, desde la perspectiva de los límites a ese ámbito protegido, como habrá ocasión de explicar a lo largo de esta investigación.

197 Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., p. 139. En el mismo sentido, Klaus-Dieter Borchardt, “Bundesrepublik Deutschland”, cit., p. 165, quien dice que se trata de un primer “límite natural” de todo derecho.

198 Este concepto de ámbito protegido, utilizado tanto por el TCFA como por la doctrina dominante, ha sido criticado por algún sector doctrinal. Así, Ipsen se refiere a las metáforas espaciales y al hecho de que los derechos fundamentales no abren ni “espacios” ni “ámbitos”. No se trata de acudir a un proceso cuasi-metafísico por el que la Constitución “abra” un “ámbito protegido”, sino más sencillamente de la subsunción bajo conceptos constitucionales. Toda conceptualización metafórica o de otro modo sugestiva

hecho (*Tatbestand*) del derecho fundamental, hablándose también con algunas variantes de ámbito normativo, de garantía o de regulación<sup>200</sup>. Se designa con ello, por lo general con fórmulas lapidarias, al espacio o ámbito en que "vale" cada derecho fundamental<sup>201</sup>.

El ámbito normativo como categoría dogmática tiene la tarea de estructurar el proceso de aplicación de las disposiciones sobre derechos fundamentales, evitando la restricción del derecho por medio de definiciones *ad hoc*<sup>202</sup> y no puede, por ello mismo, comprender la totalidad de presupuestos a cumplirse en el caso concreto para la producción de efectos jurídicos del derecho fundamental, re(tro)proyectada desde el resultado de ese proceso de aplicación, pues se trata justamente de facilitar el proceso de aplicación de los derechos fundamentales, no pudiendo partir del resultado final del mismo. Es, en este sentido, el llamado primer nivel del proceso de examen de los derechos fundamentales y tiene un profundo sentido pragmático vinculado a la aplicación real del derecho<sup>203</sup>. Consiste en el conjunto de características cuya falta permite, sin más premisas, excluir la aplicación del derecho fundamental o, formulado en términos positivos, el conjunto de características o rasgos —para la fijación de los cuales se reconoce al legislador una limitada competencia de conformación, en el sentido de una determinación concretizadora— cuya existencia es condición necesaria para la producción, *prima facie*, de efectos jurídicos del derecho fundamental<sup>204</sup>. Una vez conocidos esos rasgos o características integrantes del ámbito normativo o tipo iusfundamental, ha de constatarse si las circunstancias del caso son, o no, subsumibles en dicho ámbito normativo<sup>205</sup>, si éste protege a la conducta sujeta a examen.

Para la fijación de este ámbito protegido del derecho fundamental no resultan admisibles restricciones preconcebidas en el sentido de cláusulas comunitarias o reservas de socialidad. Hay que partir,

es, en este campo, perniciosa porque amenaza disolver la interpretación y subsunción jurídicas en una nube de ponderación. Es necesario, simplemente, determinar el contenido del derecho fundamental. Véase, Jörn Ipsen, *Staatsrecht II...*, cit., p. 43.

199 Esta terminología ha sido objetada en cuanto que la consecuencia jurídica de la norma de derecho fundamental—por ejemplo, el derecho de defensa— se refiere directamente a la afectación del ámbito protegido, no a este mismo. Horst Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., p. 78, con referencia a la opinión de Roth, que juzga "acertada".

200 Horst Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., p. 78.

201 Horst Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., p. 78.

202 Christian Starck, *La Constitution, cadre et mesure du Droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1994, p. 91.

203 La diferenciación entre el ámbito normativo, las intervenciones y la justificación de las mismas se explica porque, aunque a la doctrina jurídica no le corresponde realizar una filosofía de los derechos fundamentales, sí que es responsable de la claridad de los criterios de interpretación de la Constitución. Estas operaciones dogmáticas, dice Starck, no reducen los problemas de derechos fundamentales, pero permiten, al contrario, tomarlos en serio. Christian Starck, *La Constitution...*, cit., p. 91.

204 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, pp. 15 y 19.

205 Alfred Katz, *Staatsrecht...*, cit., p. 282.

según entiende la doctrina alemana mayoritaria, de un concepto de libertad "natural"<sup>206</sup> y jugando, al respecto, un cierto papel la autocomprensión del titular del derecho<sup>207</sup>. Debe elegirse aquella interpretación que dote al derecho de la mayor efectividad posible<sup>208</sup>. Con toda generalidad, no puede el contenido garantizado de un derecho fundamental ser interpretado desde sus límites, como el TCFA ha reconocido<sup>209</sup>, pues los límites han de ser externos al derecho y operar sólo una vez que se ha determinado que el ámbito normativo del derecho fundamental, su tipo, es aplicable a un determinado supuesto de hecho, y no antes, sin perjuicio de lo cual sí es posible, porque es cosa distinta, confrontar el derecho de cuya interpretación se trate con otro u otros derechos conexos (u otras normas constitucionales incluso) para, aisladas así las peculiaridades del primero, acometer con mayor precisión la tarea de deslindar su contenido (objeción de conciencia respecto de la libertad ideológica o derecho de reunión respecto de las libertades de expresión y asociación, por ejemplo), pero siempre que se trate de precisar su contenido constitucional *inicialmente* protegido, no de limitarlo intrínsecamente<sup>210</sup>.

---

206 Según Ipsen, tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante consideran útil el axioma de la dogmática de los derechos fundamentales de que toda conducta no dañosa socialmente es comprendida por un derecho fundamental en cuanto que existe una congruencia entre las posibilidades naturales de conducta y los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales. Jörn Ipsen, *Staatsrecht...*, cit., p. 40. Cfr., también, BVerfGE 80, 137, 153 ss.

207 Horst Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., p. 78.

208 BVerfGE 6, 55, 72; 32, 54, 71; 39, 1, 38; 43, 154, 167. Este principio hermenéutico parece que se remonta a Richard Thoma. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 184, n. 9. Así, por ejemplo, en la reciente decisión preliminar de 12 julio de 2001 sobre la "Love Parade", enjuiciada desde la perspectiva del derecho de reunión, dirá el Tribunal que a la hora de determinar si puede considerarse a la "Love Parade" como una reunión en sentido constitucional o, por el contrario, lo que prima en ella es el fin de esparcimiento, diversión o baile, debe tenerse presente que "si quedan dudas, el elevado rango de la libertad de reunión da lugar a que el acto sea tratado como una reunión". BVerfG, 1 BvQ 28/01 vom 12.7.2001, Absatz nr. 25.

209 Claramente ya en BVerfGE 32, 54, 72; y todavía más explícitamente 85, 386, 397: "Los puntos de vista orientados a la intervención no tienen, sin embargo, ningún papel para la definición del ámbito protegido. Los ámbitos protegidos iusfundamentales no se pueden adaptar a las necesidades de intervención". Como se dice en la primera sentencia citada, "más bien, hay que determinar en primer lugar la sustancia material del derecho fundamental". Sobre ello existe acuerdo en la doctrina.

210 Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa...*, cit., p. 12, con ejemplos. El deslinde de distintos derechos fundamentales aplicables a un mismo supuesto no es, sin embargo, siempre claro y a veces el TC español es poco riguroso en la diferenciación, como ocurre, por ejemplo en la reciente STC 156/2001 (de 2 de julio, FJ 3º ss) respecto de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, tal y como se le reprocha en la propia sentencia por los magistrados disidentes.

## B) Concepciones amplias y estrechas del ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales

Una cuestión muy discutida en la doctrina alemana, y que es trasplantable en términos muy parecidos a nuestro Derecho (donde, no obstante, apenas se ha debatido), es la del alcance genérico del tipo o ámbito protegido de los derechos fundamentales. Al respecto, es preciso constatar la existencia, en la dogmática alemana de los derechos fundamentales, de dos grandes corrientes doctrinales, o concepciones, sobre el alcance del tipo de los derechos fundamentales, conocidas como teoría o concepción amplia y concepción estrecha.

1.- Una primera tendencia doctrinal interpreta estrictamente el tipo de los derechos fundamentales y considera que lo que aparece a veces como una supuesta restricción de un derecho fundamental, en realidad, no es más que un sector excluido del ámbito propio del derecho en cuestión y, si en tales casos se habla de restricciones, ello se debe a un mal entendimiento del radio de acción del derecho fundamental, que debe concebirse de un modo más estricto o estrecho a como lo hacen los primeros autores referidos<sup>211</sup>. Naturalmente, las teorías estrechas sobre el tipo o supuesto de hecho de los derechos fundamentales son variadas y pueden establecerse en ellas gradaciones de estrechez.

Uno de los principales representantes de la teoría estrecha del tipo es Müller. Este autor parte de la distinción entre el ámbito normativo (la realidad a que la norma se refiere) y el programa normativo (el texto de la norma) y defiende que toda delimitación de un derecho fundamental respecto de otros derechos, bienes o valores constitucionales es sólo una delimitación, no ninguna limitación, del mismo que hay que resolver a través de una precisa determinación dogmática de su ámbito normativo que excluya del mismo los supuestos no protegidos por ser contrarios a otros derechos o bienes constitucionales y ello sin necesidad de ponderación, a través de una suerte de subsunción dogmática<sup>212</sup>. De este modo, incluye en el ámbito normativo de los derechos fundamentales sólo a aquellas modalidades de ejercicio de los derechos fundamentales que sean "específicamente iusfundamentales", y no a las modalidades inespecíficas de ejercicio. Una modalidad de ejercicio es específica cuando existe una conexión material con la estructura del ámbito normativo del derecho fundamental, estructura que previamente se debe desarrollar dogmáticamente. Se acude, para determinar la especificidad o no del ejercicio de un derecho fundamental, al test de la intercambiabilidad, para lo cual se examina si una modalidad de ejercicio que podía recaer en un ámbito normativo es intercambiable con otro ámbito normativo, si a dicha modalidad le queda abierta una posibilidad específica, equivalente, intercambiable, del ámbito normativo.

211 Cfr. Helmut Goerlich, "Fundamental Constitutional Rights...", cit., pp. 52-53.

212 Una clara exposición puede verse en Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa...*, cit., pp. 54 ss.

Para comprender este concepto se refiere Müller a un derecho fundamental garantizado sin reserva de ley en la LF, como la libertad artística y señala que un precepto legal necesitaría, para sancionar a un artista que pinte, simplemente para tener "la oportunidad de la constitucionalidad", la correspondiente reserva de ley, pero para sancionar a un pintor que pinte "en un cruce de calles" no se necesitaría dicha reserva. Pues bien, dice Müller en este sentido, que sólo en el primer caso se recorta una forma de acción protegida de forma específica por un derecho fundamental en cuanto que el "pintar" sí está protegido por la libertad artística, pero no lo está el aspecto de la acción consistente en pintar "en un cruce de calles" y la prohibición, por consiguiente, no limita ninguna posibilidad específica de acción del ámbito normativo. No hay intervención ni se necesita por ello reserva de ley. Pero aunque este ejemplo pueda parecer sencillo, nos dice Müller que tiene sus dificultades constructivas, y sobre todo, el principio de diferenciación que a él subyace es formulable ampliamente como tarea, tarea que correspondería a la dogmática del ámbito recortado de cada derecho fundamental. Y lo mismo valdría para una prohibición de predicar o una prohibición de expresar opiniones políticas en aquellos cruces de calles o para un músico que, en horas nocturnas, improvisa su composición para timbales en la calle o en viviendas con paredes delgadas<sup>213</sup>.

La crítica que se ha hecho a este planteamiento de Müller es la de que, al poder calificarse una acción como irrelevante para los derechos fundamentales si se tiene la posibilidad de ejercer el derecho fundamental en otro lugar, en otro tiempo o mediante otra clase de acción, puede ocurrir que no quede nada como específico de un derecho fundamental<sup>214</sup>. Desde otro punto de vista, se ha dicho que el hecho de que, según Müller, las modalidades "no específicas" de ejercicio de derechos fundamentales no pertenezcan al ámbito normativo significa que, aun cuando presenten la propiedad indicada en el tipo de una norma de permisión iusfundamental, las acciones no gozarán de protección iusfundamental si, además, presentan otras determinadas propiedades que deben ser catalogadas como no específicas (por ejemplo, pintar *en un cruce de calles*). "Pero esto significa justamente que en la norma permisiva presentada más arriba se incluye una cláusula de excepción referida a las modalidades no específicas: 'Si una acción es una acción artística y no presenta ninguna propiedad que sea una modalidad no específica, entonces su realización está permitida'"<sup>215</sup>.

Y según Alexy, si se quisiera modificar de este modo la norma permisiva en que consiste la libertad artística (garantizada sin límites expresos en la LF) y, al mismo tiempo, afirmar que no se estatuye ninguna cláusula de restricción tácita, "hay que sostener que la cláusula de

---

213 Una buena exposición en castellano del pensamiento de Müller sobre el particular, que seguimos aquí, es la de Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 300 ss.

214 Wolfram Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Duncker und Humblot, Berlin, 1987, p. 179.

215 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 304.



excepción no es una cláusula restrictiva sino una parte del tipo. Pero, esta tesis es insostenible, tanto por razones materiales como formales<sup>216</sup>. En España, como se verá más adelante, sostienen una concepción estrecha del ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales De Otto, Jiménez Campo o Martínez Pujalte, entre otros.

2.- La concepción amplia del tipo o supuesto de hecho iusfundamental, por su parte, ha sido sostenida, destacadamente, por Alexy, quien pone de relieve que la debilidad, a su juicio, de las teorías estrechas del tipo estriba en que "no construyen la exclusión definitiva de la protección iusfundamental como un juego de razones y contrarrazones, es decir, como el resultado de una ponderación entre principios, sino, al menos en una serie de casos, como el resultado de la aplicación de criterios supuestamente libres de ponderación". Y estos criterios, "cuando conducen a resultados justificados, son el resultado de ponderaciones correctas. Esto puede ser generalizado. Los juicios de derecho fundamental son correctos sólo si pueden ser el resultado de una ponderación correcta. Si son fundamentados sin ponderación, su corrección depende de que el resultado fundamentado sin ponderación pueda también ser el resultado de una ponderación correcta"<sup>217</sup>. Resulta

---

216 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 304-306. "Es insostenible *por razones materiales* porque tanto el criterio de la especificidad como el de la intercambiabilidad es inadecuado para la delimitación de la protección o no protección iusfundamental. ¿Sería el pintar en un cruce callejero también una modalidad no específica y, por lo tanto, excluida de la protección iusfundamental, si el cruce callejero estuviera cerrado al tránsito y el pintar no molestara a nadie, es decir, si no hubiera ningún motivo razonable para la exclusión de la protección iusfundamental? Si también en este caso fuera posible una exclusión del cruce callejero aduciendo que la permanencia en este lugar no es específica del pintar, es decir, que el lugar es intercambiable, entonces toda acción podría ser prohibida si tan sólo hubiera la posibilidad de realizarla en otro lugar, en otro momento y de otra manera. Pero, así, se habría privado al titular del derecho de determinar la manera de hacer uso de su libertad iusfundamental[: no el derecho a determinar el tipo, sino el derecho a determinar, dentro del marco del supuesto de hecho [tipo], la forma y tipo de ejercicio de los derechos fundamentales]. Pero, este derecho es una posición iusfundamental esencial. La *razón formal* se vincula directamente con la material. Si en el caso del pintor callejero, no son la inespecificidad y la intercambiabilidad las que excluyen la protección, entonces tiene que serlo alguna otra cosa. Qué sea esto otro es fácilmente comprensible. Son los derechos de terceros y bienes colectivos, tales como la seguridad y la rapidez del tránsito. Esto pone claramente de manifiesto que si los criterios de Müller conducen en algún caso a un resultado correcto, ello se debe sólo al hecho de que detrás de ellos se encuentran razones correctas de restricción. Cuando tal es el caso, la racionalidad de la argumentación jurídica exige mencionar estas razones", para lo cual a la norma de permisión debe añadirse una cláusula restrictiva referida a razones permisibles de restricción. El problema estriba en que tal cláusula restrictiva "hace expresa referencia al juego del argumento y contraargumento que los criterios de Müller ocultan pero no vuelven superfluo. Para que este juego pueda intervenir y se pueda comenzar a determinar racionalmente las restricciones definitivas, hay que mantener el supuesto de hecho [tipo] amplio. Por ello, no puede aceptarse la versión de Müller de una teoría estrecha del supuesto de hecho [tipo]".

217 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 311. Coincide con este planteamiento, entre nosotros, Luis Prieto Sanchís, "La limitación...", cit., pp. 434 ss.

así necesaria en todo caso una ponderación. Ello no significa que en todos los casos haya que llevar a cabo ponderaciones amplias, "pero sí que también los casos claros de no-protección iusfundamental son el resultado de una ponderación y que hay que mantener [siempre] abierta la *posibilidad* de ponderación para todos los casos y que en modo alguno puede ser reemplazada por evidencias, de cualquier tipo que ellas sean"<sup>218</sup>. Todo ello requiere, a juicio de Alexy, una teoría amplia del tipo.

Y nos dice Alexy que una teoría amplia del supuesto de hecho [tipo] es una teoría que hace caer en el ámbito protegido todo aquello en favor de cuya protección habla el respectivo principio iusfundamental y que exige la formulación de dos reglas básicas: (1) "Todo lo que presenta una propiedad que —considerada aisladamente— basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho [tipo] queda tipificada, cualesquiera que sean las otras propiedades"; (2) "Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos de supuesto de hecho [tipo] hay que llevar a cabo interpretaciones amplias"<sup>219</sup>. A partir de esta comprensión amplia o extensa del tipo iusfundamental, que define como "aquello que es concedido *prima facie* por las normas iusfundamentales, es decir, sin tomar en cuenta las restricciones"<sup>220</sup>.

El inconveniente de las concepciones amplias, o al menos su flanco más atacado, es que fomentan el surgimiento de conflictos entre derechos fundamentales y hacen que cuestiones que nada tienen que ver, en rigor, con los derechos fundamentales se puedan plantear en términos de derechos fundamentales, conduciendo a una expansión excesiva de los derechos fundamentales que redundaría en su perjuicio y es de hecho insostenible (iusfundamentalización disfuncional del ordenamiento)<sup>221</sup>. Esta

y 458.

218 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 311.

219 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 311-312.

220 Como ejemplo de una interpretación amplia, propone Alexy la llevada a cabo por el Tribunal del concepto de prensa en su sentencia de 14 de febrero de 1973. Algunos autores proponen una interpretación estrecha del concepto de "prensa", que cubriría "sólo la publicación en periódicos y revistas de noticias y opiniones político-culturales-cosmovisionales, como así también de la demás información objetiva". Frente a ello, sostiene el TCFA una interpretación amplia: "El concepto 'prensa' debe ser interpretado amplia y formalmente; no puede hacérselo depender de una valoración —cualquiera que sea su amplitud— de los diferentes productos impresos. La libertad de prensa no está limitada a la prensa 'seria'" (BverfGE 34, 269, 283)<sup>220</sup>. Y destaca, al respecto, Alexy lo interesantes que resultan "las consecuencias que el Tribunal saca de aquí para el costado de las restricciones. La versión amplia no significa que haya que otorgar protección iusfundamental 'en igual medida a todo órgano de prensa en todo contexto jurídico y para cada contenido de sus manifestaciones'. Más bien, 'en la ponderación entre la libertad de prensa y otros bienes jurídicos iusfundamentalmente protegidos' podrían ser consideradas las propiedades especiales del respectivo producto de prensa (BverfGE 34, 269, 283). Esto responde exactamente a la teoría amplia del supuesto de hecho" o tipo. Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 312.

221 En concreto, suele objetarse, en primer lugar, a esta comprensión amplia del tipo que bien otorgaría demasiada protección iusfundamental, dando lugar a la paralización de la legislación, y a una puesta en peligro de otros bienes jurídicos, bien no tomaría en serio la sujeción al texto de la Constitución, además de que en cualquier caso tendría

crítica la rebate Alexy, sin embargo, con un razonamiento para nosotros totalmente convincente, que parte de la distinción que propone, dentro de los casos relativos a los derechos fundamentales, entre casos actuales y potenciales: un caso *potencial* de derechos fundamentales es aquel en que es posible argumentar en términos de derechos fundamentales, pero ello no es necesario porque la solución ordinaria no plantea en realidad problemas en términos de derechos fundamentales, mientras que en un caso *actual* de derechos fundamentales "cabe dudar acerca de la protección o no protección iusfundamental, de forma tal que hay que argumentar iusfundamentalmente"<sup>222</sup>.

Y entiende Alexy que "si siempre fuera perfectamente claro si un caso es un caso actual o potencial de derecho fundamental, la teoría

---

que quitar por la vía de los límites a los derechos lo que previamente habría garantizado a través del supuesto de hecho [tipo]. Pero, como Alexy a su vez objeta, "un ciudadano considerará más honesto y convincente que un no-otorgamiento de la protección iusfundamental sea fundamentado aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta en virtud de la Constitución, que cuando se le dice que su comportamiento no está abarcado por leyes objetivamente específicas o generales o que está excluido de la protección iusfundamental, desde el comienzo, por no pertenecer al ámbito protegido". Una segunda objeción alega que la comprensión amplia lleva a una "iusfundamentalización" de todo el Derecho. Y aunque una teoría amplia no lleve necesariamente a una mayor protección *definitiva* que una teoría estrecha, es preciso reconocer que sí que lleva ineludiblemente a una mayor protección *prima facie*, pero no por ello conduce a una superposición de la argumentación ordinaria y la iusfundamental, ni a la iusfundamentalización de todo el ordenamiento. Más bien, permite en los casos (objetiva o intersubjetivamente) dudosos de protección iusfundamental de una conducta acudir a una argumentación iusfundamental sustantiva y amplia orientada por el principio de proporcionalidad, lo que no ocurre con las teorías estrechas, que parten más bien de que todos los casos posibles o bien son casos claros de derechos fundamentales o no lo son, e ignoran que existe toda una escala intermedia de grados de certeza/incertidumbre en términos objetivos, aparte ya de las discrepancias subjetivas sobre cada caso. Otra objeción se refiere al aumento de colisiones de derechos fundamentales a que conduce sin duda una teoría amplia del tipo, pero ello no es algo negativo, sino positivo, en cuanto que permite valorar mejor siempre todos los puntos de vista constitucionalmente relevantes. En cuanto a la objeción de que una teoría amplia del tipo conduce a un inadmisibles aumento de la competencia del TCFA frente al legislador y frente a los tribunales ordinarios, considera Alexy que se trata de una consecuencia no necesariamente vinculada con una teoría amplia del tipo pues quien acude al TCFA "está interesado en una protección definitiva y no en la determinación dogmático-iusfundamental de que su comportamiento cae ciertamente bajo un supuesto de hecho [tipo], pero está abarcado por restricciones. Si, pese a ello, se presenta un recurso orientado unilateralmente por el supuesto de hecho [tipo], podrá ser rechazado por no existir suficientes probabilidades de éxito o bien no ser aceptado por la Sala, siendo en este último caso tan convincente, por lo menos, una referencia a las restricciones como una al hecho de que no está abarcado por el supuesto de hecho [tipo]. Las teorías estrechas, en cambio, pagan el alto precio de que en ciertas hipótesis ni siquiera es considerada la protección material iusfundamental donde podría ser posible". Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 313 ss. y Luis Prieto Sanchís, "La limitación...", cit., p. 458.

<sup>222</sup> Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 316. Coincidiendo, Luis Prieto Sanchís, "La limitación...", cit., p. 435.

estrecha del supuesto de hecho [tipo] tendría algo a su favor. En los casos potenciales de derecho fundamental podría negarse la tipicidad mientras que la solución de los casos actuales de derecho fundamental podría lograrse a través de las restricciones. Sin embargo, la distinción entre los casos potenciales y actuales de derecho fundamental no es en modo alguno clara. Más bien, entre la total certeza de la protección o no protección iusfundamental y la total incertidumbre acerca de si cabe o no una protección, hay que suponer una escala de grados de certeza/incertidumbre y ello sólo como "el aspecto objetivo del asunto", al que se suma el subjetivo, en función del cual diferentes personas atribuyen a casos diferentes puestos diversos en la escala certeza/incertidumbre<sup>223</sup>.

Ello inhabilita a toda teoría estrecha del supuesto de hecho (o tipo) como teoría practicable y plausible, pues dichas teorías sólo valen para los casos en que no hay dudas sobre la no protección de una conducta, o un supuesto determinado, por un derecho fundamental, pero no para los casos en que falta esa certeza, hipótesis en que "quienes abogan por una exclusión de la protección pueden intentar convencer a sus adversarios con argumentos que apuntan a la voluntad de los padres de la Constitución, a la costumbre, al carácter no específico del ejercicio del derecho fundamental o algo parecido". Pero si ello no basta y no convence, la única salida razonable es acudir a una argumentación y contrapeso de las razones sustanciales que juegan a favor de la protección de un supuesto determinado por un derecho fundamental, por un lado, y las que operan en pro de una exclusión de esa protección (derechos de terceros o bienes colectivos) y, como Alexy señala, "tan pronto como comienza este juego de razones y contrarrazones se ingresa en el campo de la teoría amplia del supuesto de hecho [tipo] que, en caso de que se den razones iusfundamentales, también cuando sean fácilmente refutables, en favor de la protección, afirma la tipicidad". Así pues, una teoría estrecha del supuesto de hecho (tipo) no sirve para los casos de duda y ello por sí solo la inhabilita como teoría practicable<sup>224</sup>.

Frente a ello, una teoría amplia del tipo o supuesto de hecho trata los casos no dudosos como meros casos potenciales, en los que, aunque la argumentación iusfundamental sea posible, es totalmente superflua y en todos los casos dudosos puede partir de la existencia de un caso actual de derecho fundamental, abriendo la vía para una argumentación iusfundamental sustancial, orientada por el principio de proporcionalidad. Por ello, la teoría amplia del tipo conduce a Alexy a formular un modelo de dos ámbitos: el de los casos potenciales y el de los casos actuales de derecho fundamental. Así, por ejemplo, el caso del hurto con relación a la libertad general de acción, es un mero caso potencial de derecho fundamental, pues no hay duda de que el principio iusfundamental es desplazado por principios opuestos. La mayoría de las normas del

223 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 316-317.

224 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 317. No valora esta diferencia, de gran relevancia práctica y que descalifica a las teorías estrechas, Luis Prieto Sanchis, "La limitación...", cit., p. 434.

ordenamiento se incluirían en el ámbito de los casos potenciales de derecho fundamental. El ámbito de los casos actuales de derechos fundamentales es, en cambio, el ámbito propiamente dicho de los problemas iusfundamentales y del argumentar iusfundamental. "Este ámbito, en el que hay que incluir todo lo dudoso y discutible, se basa en aquel en que cae la masa de lo no dudoso y lo consensuado"<sup>225</sup>.

Pero lo más importante en el modelo de dos ámbitos es el hecho de que la pertenencia a uno u otro ámbito no es algo que esté determinado de una vez para siempre. Un caso puede, a través de la duda, salir del ámbito de lo no dudoso, es decir, del de los casos potenciales de derecho fundamental, y algo que antes era dudoso puede transformarse en no dudoso a través de una decisión, argumentación y/o praxis, y así volver del ámbito de los casos actuales de derecho fundamental al ámbito de los casos potenciales. La posibilidad de este paso de la frontera ha de mantenerse abierta en ambas direcciones. No debe impedirse, a través de una concepción estrecha del tipo, que algún caso pueda transformarse en un caso actual de derecho fundamental<sup>226</sup>.

Formula además Alexy las que llama las dos "leyes de intervención" y sus dos contraposiciones: (I) Todas las medidas que constituyen una intervención en un bien iusfundamentalmente protegido están *prima facie* iusfundamentalmente prohibidas; (II) todas las medidas que constituyen intervenciones en un bien iusfundamentalmente protegido y no están justificadas por una restricción están definitiva e iusfundamentalmente prohibidas; (I') todas las medidas que no están *prima facie* iusfundamentalmente prohibidas no constituyen una intervención en un bien iusfundamentalmente protegido; (II') todas las medidas que no están definitiva e iusfundamentalmente prohibidas no constituyen una

---

225 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 317-318. Luis Prieto Sanchís, "La limitación...", cit., p. 435, se refiere al ejemplo de la ley penal que tipifica los sacrificios humanos como límite a la libertad religiosa de quienes los realizan por considerarlos acciones gratas a Dios, si bien en tal caso la justificación constitucional es tan evidente que no sería necesario argumentarla.

226 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 318-319. Se refiere también Alexy a la alusión de Starck a una "concepción grotesca —que distorsiona la conciencia jurídica— de un derecho fundamental a matar, hurtar y encubrir", que le lleva a abogar por exclusiones del tipo [Suscribe esta opinión, Jörn Ipsen, "Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter", *Juristen Zeitung*, 1997, p. 480]. Al margen de que aquí existiría acuerdo entre la teoría amplia y la estrecha del tipo en cuanto al resultado, subraya Alexy que "la impresión de lo grotesco es provocada, sobre todo, por la ambigüedad de la expresión 'derecho fundamental'. No puede hablarse en absoluto de un derecho definitivo a hurtar, etc. Pero, lo que la teoría amplia del supuesto de hecho [tipo] supone es un derecho *prima facie* a hacer y omitir lo que uno quiera. Este derecho es restringido, entre otras cosas, por la prohibición de hurtar. En el caso del hurto, una construcción tal puede ser superflua, pero no es grotesca. Adquiere su sentido cuando es concebida como un punto lógico final en una escala de grados de certeza para la restricción. Pero, ¿por qué las construcciones jurídicas, cuando de la forma más racional posible conducen a resultados lo más correctos posibles no han de poder apartarse un poco de las concepciones intuitivamente existentes y seguir sus propias leyes". *Ibidem*, 319.

intervención en un bien iusfundamentalmente protegido o están justificadas por una restricción.

Estas leyes, según Alexy, "ponen claramente de manifiesto que los conceptos de bien protegido y de intervención no tienen necesariamente que determinar los pasos sistemáticamente primeros de un examen de derecho fundamental. Se puede inferir de intervenciones en los bienes protegidos prohibiciones *prima facie* (I), pero, también de la no existencia de una prohibición *prima facie* es posible inferir la no existencia de una intervención en un bien protegido (I'). Lo primero es recomendable en casos en los cuales es claro que existe una intervención. En cambio, en los casos en los que no es claro si algo ha de ser calificado como intervención —este tipo de casos es analizado sobre todo bajo la expresión 'afectaciones fácticas'— es adecuado seguir la vía de la prohibición *prima facie*. Entonces, el que algo esté o no iusfundamentalmente prohibido es decidido directamente recurriendo al respectivo principio iusfundamental. Cuando, siguiendo la teoría del fin de la norma en el Derecho Civil, se propone no hacer depender la existencia de una intervención de propiedades de la intervención, tales como inmediatez o finalidad, sino de la finalidad normativa iusfundamental, se apunta justamente en esta dirección"<sup>227</sup>. En España, defiende una concepción amplia del ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales Prieto Sanchis.

3.- Pero junto a estas dos concepciones, amplia y estrecha, del ámbito normativo de los derechos fundamentales, existen otros enfoques intermedios, desde los que se ha intentado surcar una tercera vía, acaso más pragmática. Destaca en este sentido la intelección de Pieroth y Schlink, quienes consideran que los derechos fundamentales valen en distintos ámbitos vitales, unas veces estrechos y otras amplios, en los que protegen al individuo frente a las intervenciones estatales, imponiendo al Estado la carga de la justificación de esa intervención. Dichos ámbitos constituyen el ámbito protegido o ámbito normativo del derecho fundamental (la vida del individuo en cuanto a sus creencias religiosas o especialmente profundas en el artículo 4; en cuanto a la comunicación, informaciones y opiniones en el artículo 5 LF, el matrimonio y la familia en el artículo 6, por ejemplo). Se habla, en cambio, de "ámbito de regulación" cuando nos referimos, no al ámbito protegido, sino al ámbito vital para el cual vale el derecho fundamental y en el cual es primeramente determinado el ámbito protegido (así, por ejemplo, en el caso del artículo 8, el ámbito de regulación cubre a todas las reuniones, y el ámbito protegido abarca, por el contrario, sólo a las pacíficas y sin armas)<sup>228</sup>.

Y, más en particular, en cuanto a la comprensión amplia del tipo y la hipotética necesidad de seguir esa concepción a partir de exigencias derivadas de la protección máxima posible de la libertad, Pieroth y Schlink la rechazan porque la justificación jurídico-constitucional no es la única justificación de la conducta estatal, sino una entre otras que se basan en el proceso político democrático, además de que sería un esfuerzo excesivo y

<sup>227</sup> Robert Alexy, *Teoría de los ...*, cit., pp. 296-298.

<sup>228</sup> Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., pp. 56-57.

una sobreexpansión de los derechos fundamentales exigir la justificación jurídico-constitucional con tanta frecuencia allí donde va de suyo que sus parámetros degenerarían en una depreciación de los derechos fundamentales. Y así, sobre la base de la libertad de conciencia, y por poner sólo un ejemplo, podría pretenderse que la decisión de cruzar o no la calle con el semáforo en rojo corresponde al individuo según el tráfico sea para él peligroso o no. Ello conduciría además a que la justificación de las intervenciones en los derechos fundamentales no previstas expresamente a partir del Derecho constitucional colisionante, desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina como posibilidad última y cautelosa, perdería su carácter excepcional y surgiría un sistema diferente de límites a los derechos fundamentales. A su juicio, ninguna presunción habla en favor de una comprensión amplia del tipo ni tampoco en favor de una estrecha. El ámbito protegido de cada derecho fundamental debe ser determinado, pura y simplemente, con los medios normales de interpretación jurídica a partir de su texto, historia, génesis y posición sistemática. Y lo mismo valdría para el concepto de intervención<sup>229</sup>.

Por nuestra parte, nos identificamos con la concepción amplia del ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales, que es a grandes rasgos la seguida por los tribunales constitucionales español y alemán y el TEDH, rechazando la existencia de cualquier límite inmanente a un derecho fundamental. Esta concepción, unida también a una concepción amplia de la intervención o injerencia en los derechos fundamentales, conlleva la protección mayor posible de los derechos fundamentales, exigiendo una justificación rigurosa, con arreglo a criterios muy estrictos, de cualquier actuación restrictiva o gravosa que les afecte, que será considerada siempre como límite al derecho (lo que no operaría si fuese una delimitación del derecho); y contribuye a que los derechos fundamentales ocupen la posición central que les es propia en el sistema jurídico y estén dotados de la fuerza expansiva que les corresponde, haciendo de la libertad la regla general y de sus restricciones una excepción, una excepción además que se somete a una obligación de fundamentación y justificación muy estrictas y sin permitir la existencia de definiciones apriorísticas del derecho fundamental que excluyan su protección de determinados supuestos a través de su interpretación restrictiva ni tampoco la utilización de categorías, como la de los límites inmanentes, que pretendan exonerar de la aplicación de las garantías propias de los derechos fundamentales (reserva de ley, generalidad de la ley, reserva jurisdiccional, principio de proporcionalidad, contenido esencial) a determinadas hipótesis de intervención en los mismos estarían pretendidamente justificadas por ser límites intrínsecos al derecho y no necesitar por ello de justificación específica, al no ser propiamente cuestiones de derechos fundamentales. Esta interpretación amplia resulta exigida, en el caso español, por la posición central de la libertad y los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional (arts. 1.1, 9.2 y 10.1, entre otros), el principio *favor libertatis* y la necesidad de aplicar un

---

229 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 57.

método de examen o enjuiciamiento lo más riguroso y transparente posible, evitando a toda costa decidir las cuestiones relativas a los derechos fundamentales a través de afirmaciones apodícticas o exámenes superficiales. Y además, como Prieto Sanchís ha señalado, la virtualidad de una concepción amplia como la que este autor defiende, es que en la zona de penumbra donde resulta discutible si una conducta está o no en principio incluida dentro del contenido de un derecho, se impone un ejercicio de justificación o ponderación, es decir, de racionalidad antes que de autoridad, sin riesgo de que todo conflicto jurídico requiera de una compleja argumentación en términos de derechos fundamentales, pues en los casos claros tal argumentación será, como Alexy sostiene, superflua<sup>230</sup>. A todo ello nos referiremos reiterada y detalladamente a lo largo de este trabajo.

---

230 Luis Prieto Sanchís, "La limitación...", cit., p. 458.



## CAPÍTULO SEGUNDO

### LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

#### I.- LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO

##### 1.- Consideraciones previas

Los derechos humanos o fundamentales, como conjunto de derechos que protegen las libertades más básicas del hombre y responden a sus necesidades y exigencias más elementales, no hacen su aparición de modo súbito, sino a lo largo de un dilatado proceso histórico. En este apartado no interesa tanto referirse a esa evolución histórica, por lo demás hoy ya bien conocida, cuanto llevar a cabo una aproximación al tratamiento que, en ese proceso histórico, se dio a las limitaciones de los derechos fundamentales. Para ello, en este primer apartado se estudiará esta problemática en los albores del constitucionalismo moderno, en Estados Unidos y en Francia, dejando para un segundo apartado el análisis de la cuestión en el constitucionalismo histórico español. Se trata, en cualquier caso, simplemente de una aproximación a la cuestión, pues estamos ante un tema que no ha sido apenas abordado de una manera específica ni en la doctrina española ni en la de otros países<sup>231</sup>. Ello, unido, al carácter claramente secundario o instrumental de este capítulo de la tesis doctoral y al hecho de que se trata acaso de un tema más de historia del Derecho que de Derecho Constitucional, impone serias limitaciones a este estudio, que, en cualquier caso, tratará de fijar algunas bases para un estudio ulterior más detallado que pueda eventualmente desarrollarse.

En la Antigüedad<sup>232</sup> no existía el concepto de derechos

---

231 En realidad, el único estudio histórico específico que conocemos sobre los límites a los derechos fundamentales es el de Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., que divide su sucinto examen histórico en tres periodos: la prehistoria (pp. 235-236), la historia intermedia (pp. 236-239) y la historia (pp. 239-241) de los derechos fundamentales. Aquí nos centraremos, como luego veremos en lo que Stern llama la historia propiamente dicha de los derechos fundamentales. Con todo, son muchas las obras y artículos que, sin referirse específicamente a la cuestión, la abordan tangencialmente. En ellas o, mejor dicho, en una selección de las mismas, que ya iremos citando, nos hemos basado también.

232 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986, p. 393: "La idea de que el ciudadano —prescindiendo ya de la masa de los no ciudadanos— tenía que detentar derechos propios, diferentes de sus

humanos, propio de los tiempos modernos<sup>233</sup>, aunque sí pudiera existir la idea de libertad con un sentido diverso<sup>234</sup> (sujeta también, por cierto, a límites)<sup>235</sup>, y ello se explica por el hecho de que no se había todavía

obligaciones frente a la comunidad, fue completamente ajena a la teocracia hebrea, a la Ciudad-Estado griega y a la República romana. Los pensadores políticos griegos creyeron firmemente que la personalidad humana sólo podría desenvolverse plenamente cuando estuviese integrada y subordinada en el Estado omnipotente, y los pragmáticos políticos de Roma compartieron esta concepción. La idea de que existen derechos del individuo fuera del Estado tiene sus raíces en la filosofía helénica de los estoicos (Panecio y Cicerón): la ley natural, la razón, la igualdad y la dignidad del hombre son valores que están por encima del Estado y fuera de su alcance. Su segunda raíz fue el entusiasmo religioso de los primeros cristianos, de inspiración igualmente judío-helénica. El evangelio del hombre autodeterminado que se eleva por encima del Estado, y hasta contra él, recibió su bautismo pagano. Subsiguientemente, tras la victoria de la Iglesia, el individualismo se sumergió de nuevo en la exclusividad de un orden religioso que sabía muy bien por qué se llamaba 'católico'.

233 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., pp. 113 ss.

234 No obstante, según Iglesias-Redondo, "concretas libertades, reconocidas o no expresamente, no faltan en Roma", señalando, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: libertades de domicilio y de traslado, de religión, de reunión y asociación, de elección de profesión, de acceso a los cargos públicos, de sufragio, de pensamiento y expresión, del acusado hasta el momento de celebrarse el juicio, garantías del ciudadano frente al abuso de poder y su defensa a través del tribunado de la plebe, *provocatio ad populum*, *intercessio* de los magistrados y su responsabilidad al cesar en el cargo. Juan Iglesias-Redondo, "En torno a la 'libertas'", cit., p. 1445.

235 Así, en el Derecho romano, según Iglesias-Redondo, "punto primordial en el tema de la *libertas* es el de sus límites. La restricción de la libertad por obra del propio hombre es el secreto de la libertad. Sin duda, el romano fija para sí los límites —*limes*, fronteras— de su actuación. Restricción significa ligazón, atadura del hombre para consigo mismo, y tal, por 'decisión del propio espíritu libre, constituye la primera apoyatura con que cuenta la libertad'. La idea de límite late en la definición de Florentino en punto a la libertad [*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*, donde algunos consideran que "naturalis" es un vocablo interpolado]. En ella destacan dos caracteres: la 'naturalidad' y los límites intrínsecos a ella. Y estos no constituyen una excepción a una regla, sino un elemento sustancial al concepto de libertad. La atribución al individuo de una libertad sin límites sería privación de libertad para todos los demás". Y así, "la libertad de domicilio no sufre otras limitaciones que las introducidas por el Derecho público, y siempre con referencia a situaciones especiales como son las de los senadores y militares o las de los condenados a relegación"; cualquier manifestación religiosa es permitida dentro de un espíritu liberal. El Estado limita su intervención a aquellas prácticas que pueden actuar como elementos disgregadores de la religión estatal, íntimamente unida a la vida de la *res publica*; la libertad de asociación goza en la época republicana "de gran libertad" en cuanto a la constitución y actuación de asociaciones y "las restricciones surgidas al caer la etapa republicana se deben sólo al agitado clima político. La actividad política sustituye, frecuentemente, al fin originario que da lugar al nacimiento de las asociaciones. De ahí la intervención estatal para corregir tales desviaciones"; en cuanto a la libertad de pensamiento rige la máxima *cogitationis poenam nemo patitur*, pero en cuanto esa libertad trate de exteriorizarse el Derecho reacciona y sujeta la libertad de expresión a "unos límites consonantes con el derecho del hombre al honor, la fama, la estimación social. En síntesis, un orden que no puede ser transgredido desde posiciones e intereses personales contrarios a lo que los *boni mores* demandan como reglas de

elaborado el concepto mismo de persona, aportación del cristianismo y que, obviamente, constituía un *prius* ineludible para el reconocimiento a toda *persona* de unos derechos innatos e inviolables. Tampoco existía entonces, por lo demás, una construcción iusnaturalista sobre la que pudiera edificarse una teoría según la cual existen unos derechos que las leyes positivas tienen que respetar pero es que, incluso cuando en la Edad Media aparece el pensamiento iusnaturalista, al no existir todavía una teoría elaborada de los derechos subjetivos<sup>236</sup>, no se producirán expresiones vigorosas ni, menos todavía, sistemáticas de los derechos humanos que, en la forma en que hoy los entendemos, no aparecen en la vida política de Europa hasta entrada ya la Edad Moderna<sup>237</sup>.

## 2.- El constitucionalismo inglés como prehistoria de los derechos fundamentales

En otro orden de cosas, debe aclararse que, aunque se haya aludido en ocasiones a algunos documentos de la vida constitucional inglesa —la *Great Charter of Liberties (Magna Charta)* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689— como precedentes de las Declaraciones de derechos y de la aparición de los derechos humanos, lo cierto es que, como Pérez Serrano señalara, "no parece aceptable esta opinión", aparte de que, a su juicio, "con igual razón podrían mencionarse las Cartas municipales de la Edad

---

convivencia". En general, "la condena moral, ejercida espontáneamente por la opinión pública, hace de eficaz correctora de la libertad. Y no menos consigue la *nota censoria* con relación a los que no observan los *boni mores*". Juan Iglesias-Redondo, "En torno a la 'libertas'", cit., pp. 1444 ss.

236 Aunque sí se conocía el concepto, que de hecho ya conocieron los romanos (la *facultas agendi*), no existe una teoría del derecho subjetivo, indispensable para que pueda hablarse de derechos humanos.

237 Seguimos aquí a Antonio Fernández-Galiano y Benito de Castro Cid, *Lecciones...*, cit., p. 433. La razón que aduce Peces Barba para explicar por qué los derechos fundamentales son un concepto propio de la modernidad, es la de que "las ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad por ejemplo, sólo se empiezan a plantear desde los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica. Antes existía una idea de dignidad, de la libertad o de la igualdad, que encontramos dispersa en autores clásicos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás, pero éstas no se unificaban en ese concepto". Gregorio Peces Barba, *Curso de derechos...*, cit., p. 113-114. Imre Szabo, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en Karel Vasak (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1984, pp. 38 ss.: "Sería un grave error intentar remontar los orígenes de los derechos humanos a unos sistemas sociales que desconocían la condición básica que gobierna la existencia de derechos humanos, cual es la idea de libertad e igualdad. No es posible proyectar una institución nueva sobre unas relaciones sociales que han sido superadas y a las que no corresponde. Para que los derechos humanos aparecieran como norma general de la sociedad, y para que fueran asumidos a un tiempo como una necesidad y una realidad, era indispensable que se dieran unos cambios sociales fundamentales en las relaciones de producción (y, más precisamente, en las relaciones de propiedad) dentro del sistema social anterior, el feudalismo".

Media, las Cartas coloniales de la Edad Moderna y otros textos semejantes"<sup>238</sup>.

Y es que, en el caso de esos documentos constitucionales ingleses, no estamos ante auténticos derechos, sino más bien ante verdaderos privilegios que el rey otorga a un grupo de súbditos de forma que "los individuos en general no obtienen trato idéntico, antes al contrario cabe diferenciar el grupo reducido de los privilegiados y el núcleo inmenso de los desposeídos de garantías", además de que resulta claro que esas Cartas y *Bills* "no quieren ser protección *erga omnes*, derivada de postulados ideológicos, de respeto a la eminente dignidad del hombre, fundada en la recta razón y enderezada al futuro", sino que "son reafirmaciones de antiguos derechos o privilegios, que la Corona infringió y que vuelven a cobrar fuerza" y no nacen de convicciones mentales, sino de concreciones históricas, algún tiempo olvidadas, después restablecidas"<sup>239</sup>. Y es asimismo de destacar "que estos precedentes medievales ostentan un *carácter paccionado* o contractual: ante excesos o intromisiones de la autoridad del monarca surge la queja de los vasallos y, constreñido por ella, *acuerda* aquél con sus súbditos que en lo sucesivo el poder real respetará esta o aquella libertad, lo cual en definitiva equivale a conceder al grupo beneficiado una situación de privilegio en relación con el resto de los súbditos"<sup>240</sup>.

Pese a lo anterior, no puede en absoluto negarse el dato de que bajo la Constitución inglesa se vivió una situación de libertad en Inglaterra de profunda raigambre y con una limitada pero efectiva protección de la libertad que no existía en otros países europeos, en lo cual los documentos mencionados tuvieron una importancia indudable. Y por cierto, también se contenían en estos documentos previsiones expresas respecto a los límites de los "derechos" allí reconocidos<sup>241</sup>. Y Blackstone en su clásico Tratado

238 Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, p. 588. Peces-Barba considera, no obstante, que sí puede hablarse de una "prehistoria medieval" de los derechos humanos por relación a los límites que se ponen al poder político "a través de privilegios otorgados a gremios, a clases sociales o a la burguesía de las ciudades, y que se plasman en textos jurídicos como la Carta otorgada por el rey Alfonso IX a las Cortes de León en 1188, o en la Carta Magna de Juan sin Tierra en 1212". Gregorio Peces Barba, *Curso de derechos...*, cit., p. 114.

239 Nicolás Pérez Serrano, *Tratado...*, cit., p. 588. Como dice Carl Schmitt, los documentos ingleses "en realidad, son regulaciones contractuales o legales de los derechos de los barones o burgueses ingleses, que si bien han tomado, en un proceso insensible, el carácter de los modernos principios, no tuvieron originariamente el sentido de derechos fundamentales". Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 164.

240 Antonio Fernández-Galiano y Benito de Castro Cid, *Lecciones...*, cit. Véase también, Klaus Stern, *Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1984, pp. 14 ss, quien nos dice que no estamos ante derechos subjetivos del más alto rango, sino ante garantías pactadas parcialmente la mayoría de las veces sólo para el caso particular, de las que sin embargo el poder estatal podía en último término hacer caso omiso (p. 14).

241 Por ejemplo, la cláusula 42 de la *Magna Charta* de 1215: "It is allowed henceforth to any one to go out from our kingdom, and to return, savely and securely, by land and by water, saving their fidelity to us, except in time of war for some short time, for the

ya señaló que los derechos y libertades están sujetos al "control o diminution [...] by the laws of the land" y que "all these rights and liberties is our birth-right to enjoy entire; unless where the laws of our country have laid them under necessary restraints"<sup>242</sup>). Pero lo que importa destacar ahora es que, aun siendo esos documentos un verdadero antecedente de los derechos humanos como hoy los entendemos (y también, por cierto, en cuanto que son derechos limitados), no constituyen su origen inmediato, aunque sí serán de decisiva importancia para los primeros catálogos propiamente dichos de derechos humanos o fundamentales. Como señalara Schmitt sintéticamente, las "declaraciones americanas estaban, como *Bill of Rights*, en la línea de la tradición inglesa"<sup>243</sup>. En particular, puede estarse de acuerdo con Stern en que las investigaciones, tratados, escritos de combate y discusiones teóricas que acompañaron a estos documentos constitucionales ingleses constituyeron un fundamento histórico-constitucional y científico para la creación de derechos fundamentales, bastando con citar los nombres de Hobbes, Milton, Coke y Locke. Estos trabajos preparatorios de corte intelectual resultaron decisivos para las luchas constitucionales que tuvieron luego lugar en el último tercio del siglo XVIII. En ellos está el fundamento para la unión, a partir de 1776, de un catálogo de derechos fundamentales con el ordenamiento fundamental de organización del Estado en un documento constitucional escrito que posee rango superior a la ley y vincula a todos los poderes<sup>244</sup>.

### 3.- Las declaraciones americanas de derechos como comienzo de la historia de los derechos fundamentales

Como ha destacado Stourzh, se hace preciso diferenciar el concepto de "constitucionalización de los derechos individuales" del concepto o proceso de "iusnaturalización" de los mismos, pues la constitucionalización sólo se produce cuando tiene lugar "la incorporación de derechos subjetivos en normas básicas en sentido formal, las Constituciones o sus precedentes, que se sustraen a la disponibilidad del legislador ordinario, al encontrarse sometidas a un procedimiento de reforma agravado (*amending power*) o incluso a un mandato de inmutabilidad. Sólo en virtud de esta incorporación, es decir, constitucionalización, devienen los derechos 'derechos fundamentales' en

---

common good of the kingdom; excepting persons imprisoned and outlawed according to the law of the realm, and people of a land at war with us, and merchants, of whom it shall be done as is before said". Pero estas limitaciones funcionaban en la Edad Media, como Keller (Keller, *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter*, 1933, cit. por Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 236, n. 22) ha demostrado, también para la libertad de movimientos (pp. 114 ss.), la libertad personal (pp. 124 y 136 ss.), la inviolabilidad de la vivienda (pp. 218 ss.), las garantías procesales (pp. 225 ss.), o restricciones respecto de ciertas formas de penalización (pp. 231 ss.), etc.

242 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1775, p. 144, cit. por Michael Sachs, *Grenzen des...*, cit., p. 7.

243 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 164.

244 Klaus Stern, *Grundideen...*, cit., pp. 16-17.

sentido estricto, es decir, derechos que en el curso del desarrollo constitucional posterior van a poder ser invocados y alegados en un procedimiento de control de la constitucionalidad"<sup>245</sup>.

Como Cruz Villalón ha defendido, "los derechos fundamentales nacen con las Constituciones. Ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después. No antes, a pesar de que con anterioridad a esa fecha, y a partir de los grandes documentos ingleses del siglo XVII (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights*), ya puede hablarse de unos derechos en el sentido moderno de la palabra, aunque en la forma de *common law* de los ingleses. A pesar también de que derechos de este tipo se encuentran desde hace tiempo en ese anticipo de las Constituciones que son las Cartas coloniales; pues las Cartas no hacen sino, con alguna excepción muy cualificada (libertad religiosa), recoger el *common law* de la metrópoli. Y a pesar, finalmente, de que en el período inmediatamente anterior a 1776 la acusación de 'inconstitucionalidad' es un elemento propagandístico en el contexto de la revolución americana; porque la tesis de Lord Coke en el caso Dr. Bonham era en realidad bastante discutible"<sup>246</sup>.

Por todo ello, en el análisis histórico-jurídico de los límites a los derechos fundamentales que aquí se intentará llevar a cabo no se atenderá a lo que en la doctrina alemana se ha denominado la prehistoria y la historia intermedia de los derechos fundamentales<sup>247</sup>, sino que

---

245 Gerard Stourzh, "Die Begründung der Menschenrechte im englischen und amerikanischen Verfassungsdenken des 17. und 18. Jahrhunderts", en E.-W. Böckenförde y Robert Spaemann (Hrsg.), *Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen — säkulare Gestalt — christliches Verständnis*, Stuttgart, 1987, p. 78, cit. por Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", REDC, núm. 25, 1989, p. 43.

246 Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución...", cit., pp. 41-42. Stern, por su parte, señala, con todo acierto, que lo que dio a la Constitución americana la dignidad de Constitución fue no tanto la codificación de los derechos fundamentales, algo que en cierta medida ya había sucedido en los documentos ingleses, sino más bien el hecho de que los principios de organización del Estado y los de los derechos de libertad del individuo fueran vinculados íntimamente unos con otros y se afianzaran recíprocamente unos a los otros. La Constitución y los derechos fundamentales se transforman en la misma medida en limitaciones normativas del poder estatal. Fue esta síntesis de ambos la que prestó por vez primera a la Constitución la dignidad de verdadera Ley Fundamental, de Ley "Fundante", en cuanto que se los considera a ambos como fundamento del Estado o, por utilizar palabras de la Declaración de Virginia, "as the basis and foundation of government". Ello es resultado de una transformación notable de la pre- y supraestatalidad que caracterizaba inicialmente a los derechos fundamentales, en la positivización jurídico-constitucional, que se llevará a cabo según la máxima: "ninguna protección de los derechos fundamentales sin Constitución, ninguna Constitución sin derechos fundamentales". Y en efecto, la Declaración francesa afirmará expresamente que un Estado sin garantía de los derechos no tiene Constitución. Klaus Stern, *Grundideen europäisch-amerikanischer...*, cit., p. 16.

247 Sobre la distinción, en la historia de los derechos fundamentales, entre prehistoria (*Vorgeschichte der Grundrechte*), historia intermedia (*Zwischengeschichte*), e historia en sentido propio (*eigentliche Grundrechtsgeschichte*), véase Michael Sachs, en Klaus

centraremos nuestras reflexiones sobre la historia en sentido propio de los mismos, que se inicia con la formulación de los primeros auténticos catálogos de derechos fundamentales en Estados Unidos, primero, y luego en Francia. Es sólo a esos orígenes históricos a los que nos referiremos a continuación pues, obviamente, no es posible aquí, ni tendría utilidad, el estudio de toda la evolución posterior en Estados Unidos y Francia. Y es innecesario aclarar que, dado que nos referiremos a documentos y textos constitucionales con respecto a los cuales no operaba ninguna jurisdicción constitucional encargada de su interpretación "autorizada", las reflexiones que siguen se centrarán más que nada en los textos propiamente dichos y, a lo sumo, en su eficacia en la realidad política<sup>248</sup>.

#### **4.- Los límites a los derechos fundamentales en las primeras Declaraciones americanas de derechos**

##### **A) Introducción**

Como ha señalado Cruz Villalón, "durante mucho tiempo para los europeos no existió más que el 'ochenta y nueve'. La grandiosidad de la 'Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano' de aquel 26 de agosto dejaba en la penumbra del dato erudito cualquier posible antecedente. Tuvo que producirse el opúsculo de Georg Jellinek del año 1895, y la notable polémica que le siguió, para que las cosas no volvieran a ser igual: el centro de atención se había trasladado, por fin, a América"<sup>249</sup>. Aquí, en América, a partir de la segunda mitad de 1776, y coincidiendo con la Declaración de independencia, la mayor parte de las colonias inglesas van a dotarse de unas llamadas *Declaraciones de derechos*, que preceden a las propias Constituciones estatales y que, con "una combinación de declaraciones resonantes de principios universales con una colección variada de procedimientos de *common law*" dirigidos a proteger dichos principios frente al poder de los gobernantes<sup>250</sup>.

---

Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., tomo III, vol. 1º, pp. 56 ss; y la aplicación, en concreto, de ese enfoque al análisis de la historia los límites a los derechos fundamentales, puede verse en el tomo III, vol. 2º del mismo Tratado (pp. 235 ss). Véase, también, Klaus Stern, *Grundideen europäisch-amerikanischer...*, cit., pp. 16 ss. La larga prehistoria de los derechos fundamentales comprendería, aproximadamente, hasta 1600; una historia intermedia también larga abarcaría desde entonces hasta la aprobación de la Declaración de Derechos en el Congreso continental de Filadelfia de 1774; y la historia central o principal de los derechos fundamentales se iniciaría con las Declaraciones americanas de derechos.

248 Distinto es el caso, por ejemplo, de Suiza, donde ya a partir de 1874 empieza su Tribunal Federal a operar con las categorías de objeto protegido y límites de los derechos fundamentales, que diferencia ya desde entonces bien sea expresa, bien sea sólo tácitamente (véase su sentencia de 20 de febrero de 1875). Marcel Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt...*, cit., pp. 13 ss.

249 Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución...", cit., p. 43.

250 Gordon S. Wood, *The creation of the american Republic, 1776-1787*, University of Carolina Press, Chapel Hill, 1969, p. 271. La primera de ellas será la *Declaration of Virginia* de 12 de junio de 1776, que fue publicada y distribuida semana tras semana hasta que los líderes de las cuatro esquinas de la nueva república conocieron su

Estas Declaraciones americanas, junto a una estructuración básica del Estado<sup>251</sup>, van a proclamar unos derechos naturales del hombre, que se concebirán como "verdades evidentes en sí mismas" (por utilizar la expresión del Preámbulo de la Declaración de independencia<sup>252</sup> pero que expresa la concepción común a todas estas declaraciones de derechos) pero también como derechos de carácter positivo, y no meros principios filosóficos, lo que explica que estas Declaraciones, pese a su formulación iusnaturalista, queden expresamente sometidas a la disposición del poder constituyente constituido, como Derecho positivo que son, algo que, como nos dice Cruz Villalón, "hubiera resultado impensable en Europa"<sup>253</sup>. Pero quedaban a disposición sólo del legislador constituyente, lo que es tanto como decir que quedaban sustraídos al legislador ordinario. De este modo, se consagra un modelo que combina el principio revolucionario de soberanía popular con la interpretación liberal inglesa del *limited government*. Como diría alguno en aquellos días: "Si no hay ningún límite para el órgano legislativo, ya no estaremos en un país libre, sino gobernados por una tiranía oligárquica"<sup>254</sup>. Como lo proclamará con claridad meridiana por vez primera la Constitución de Georgia de 1777: "The house of assembly shall have power to make such laws and regulations as may be conducive to the good order and well-being of the

---

contenido, contenido que fue copiado (algunas veces literalmente) en otros siete proyectos estatales de Constitución y lo cierto es que, cuando en 1784 rompió la ola, iniciada en Virginia, de escribir constituciones, once Estados tenían alguna forma de *Bill of Rights*, mientras que Connecticut y Rhode Island operaron bajo las previsiones de sus Cartas Coloniales, que contenían ya garantías sustantivas para los derechos personales. Robert A. Rutland, "Bill of Rights and the first ten amendments to the Constitution", en Jack P. Greene y Jack Richon Pole (eds.), *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*, Blackwell, Cambridge, 1994, p. 274.

251 "En ellas hay más de lo que a primera vista se deduce de su enunciado. Las 'Declaraciones', en efecto, no son sólo 'declaraciones de derechos', sino que las mismas incluyen el diseño básico de la estructura del Estado", con una suerte de "Constitución de urgencia" que "prefigura" la Constitución en su conjunto. Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución...", cit., p. 44.

252 Sobre la eficacia y aplicación judicial inmediata de estas garantías, con luces y sombras, en los diferentes Estados, puede verse Robert Allen Rutland, *The birth of the Bill of Rights*, Crowell-Collier, New York, 1962, pp. 88 ss. La libertad que, quizás, tuvo más problemas para ser aplicada fue la libertad religiosa, de forma que a finales de la década de los 80 sólo Rhode Island y Virginia tenían plena libertad religiosa, mientras en los demás Estados subsistían las confesiones religiosas de carácter oficial (que variaban en cada Estado y gozaban de un estatuto jurídico privilegiado, apoyadas por el Estado), los juramentos sobre las propias creencias y otros obstáculos a la plena libertad de conciencia (pp. 88-96).

253 El mismo autor señala que es esta nítida distinción entre el poder constituyente y el poder legislativo (*amending power and legislative power*) la que permitirá en América, y no así en Europa, imponer la afirmación de la supremacía de la norma constitucional y del control de la constitucionalidad de la ley. Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución...", cit., p. 48.

254 Horst Dippel, "Der Sicherung der Freiheit", en Günter Birtsch, *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1981, p. 146.



State; provided such laws and regulations be not repugnant to the true intent and meaning of any rule or regulation contained in this Constitution". Formulaciones parecidas se repiten en las Constituciones de Massachusetts de 1780, de New Hampshire de 1784 y, de manera renovada, de Georgia de 1798. Y más radicalmente todavía, la Constitución de Kentucky de 1792 sacará la necesaria consecuencia jurídica de ese límite del poder legislativo y proclamará la nulidad de toda ley contraria a la Constitución: "To guard against the high powers which have been delegated, we declare [...] that all laws [...] contrary to this Constitution, shall be void".

Pues bien, con estas declaraciones de derechos, como nos dice Stern, comienza la verdadera historia de los derechos fundamentales. Y aunque la controversia entre Georg Jellinek y Emile Boutmy sobre la prioridad de la Declaración de Virginia o la Declaración francesa ya no tiene hoy mayor peso, es lo cierto que tanto desde un enfoque histórico como, sobre todo, en atención a su relevancia jurídica, han sido las Declaraciones americanas desigualmente decisivas, inaugurando lo que Stern denomina el "constitucionalismo de los derechos fundamentales"<sup>255</sup>. A estas Declaraciones americanas, junto a la propia Declaración de Independencia, pasamos a referirnos a continuación, con la intención de analizar la regulación que llevan a cabo de los límites a los derechos naturales que reconocen.

## **B) Las limitaciones a los derechos fundamentales en las Declaraciones americanas de derechos**

Se ha resaltado por la doctrina como llamativa característica de las declaraciones de derechos desde 1776, el hecho de que las mismas — tanto el *Virginia Bill of Rights*, como el *Bill of Rights* de la Constitución de Estados Unidos, esto es, las primeras diez enmiendas constitucionales del 15 de diciembre de 1791— garantizaron "los derechos fundamentales sin ninguna reserva", sin ninguna previsión específica sobre los límites<sup>256</sup>. Así, Jellinek, señalaba ya que en estas Declaraciones "no se habla de la limitación de los derechos fundamentales", y ello "como es obvio, porque se consideraba superfluo"<sup>257</sup>.

Pero, tal y como Sachs señala, de ello no tiene necesariamente por qué deducirse que deban excluirse las restricciones de los derechos que resulten necesarias. Más bien, sin una base tal se han reconocido por la jurisprudencia, no sin dificultades, las correspondientes posibilidades limitadoras respecto de la importante primera enmienda de la Constitución

<sup>255</sup> Klaus Stern, *Grundideen...*, cit., p. 17.

<sup>256</sup> Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 239. Aunque este autor utiliza el término "Vorhalt", reproche o interpelación, se trata sin duda de una errata (por "Vorbehalt", reserva), como se deduce con claridad en la obra del mismo autor, *Grenzen des...*, cit., p. 8. Los autores citados por Sachs que destacan la falta de reservas en las Declaraciones americanas son v. Hippel y Jellinek, entre otros.

<sup>257</sup> Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1914, pp. 413 ss., cit. por Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 239, n. 32.

americana, que expresamente parece no contener ninguna cláusula restrictiva, salvo en cuanto que reconoce "the right to the people *peaceably* to assemble" y el derecho de petición "for a redress or grievances". Y en el caso de las enmiendas 3 a 5 hay una serie de reservas de ley que limitan la garantía jurídica. Pero, además, las regulaciones expresas de limitación no son ningún cuerpo extraño en la comprensión anglo-americana de los derechos fundamentales. Así lo prueban, como veremos, otras numerosas disposiciones particulares, en parte con una mayor minuciosidad, de las constituciones coloniales aprobadas ya en el siglo XVIII<sup>258</sup>, pero también, ya antes, las declaraciones americanas de libertades del siglo XVII<sup>259</sup>. A lo largo de las siguientes páginas trataremos de demostrar cómo, en efecto, en estas Declaraciones pueden encontrarse algunas cláusulas expresas que justifiquen las limitaciones, pero sobre todo nos referiremos a la concepción de las libertades que entonces tenían los americanos en general, y los autores de estos documentos en particular, cuestión ésta bien polémica y que viene siendo discutida ardientemente por la historiografía americana más reciente<sup>260</sup>. En efecto, la cuestión a que vamos a referirnos forma parte del núcleo de una fuerte polémica doctrinal que existe entre los historiadores de los Estados Unidos, pues si durante más de un siglo la doctrina era pacífica en considerar a Locke como "el

---

258 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 239-240. Id, *Grenzen des...*, pp. 8 ss.

259 Michael Sachs,, *Grenzen des...*, cit., p. 9, n. 15: *Massachussetts Body of Liberties*, de 10 de diciembre de 1641; *New York Charter of Liberties and Privileges*, de 30 de octubre de 1683; o la *Pennsylvania Charters of Privileges*, de 28 de octubre de 1701.

260 La dificultad para valorar el discurso político independentista, así como el patrimonio teórico con el que los norteamericanos fueron elaborando su futuro, según Pérez Cantó y García Giraldez señalan, nace de la ausencia de una "gran obra" de filosofía política "que inspirase o recogiese el modelo seguido por los patriotas en la creación del nuevo estado, una obra que recordase el papel jugado por los *Two Treatises of Government* de Locke respecto de la Revolución Gloriosa. Lo más parecido fue *The Federalist*, una colección de artículos de A. Hamilton, J. Jay y J. Madison, publicados juntos por primera vez en 1787-1788 como apoyo a la aprobación de la Constitución Federal", trabajos que, sin embargo, al aparecer publicados en periódicos, adolecen de falta de sistemática. La obra de John Adams, *A defence of the Constitutions of the United States* no es tampoco una obra pensada en clave filosófica, sino que tuvo una finalidad práctica, eran una serie de esquemas sobre las constituciones estatales, y aunque fue aprovechada en la redacción de la Constitución, no se puede considerar como una obra determinante para entender el modelo político que finalmente adoptaron los norteamericanos. Estos, sobre todo a partir de mayo de 1776, cuando el Segundo Congreso Continental pidió a cada una de las colonias que se diese a sí misma un nuevo orden político, buscaron en un patrimonio teórico muy variado los principios que inspiraron sus Constituciones estatales y dieron cuerpo a la Confederación. Por lo tanto, para desentrañar el proceso de acumulación teórica llevado a cabo por los norteamericanos entre 1763 y 1783 y comprender los valores de los que se sirvieron para organizar la sociedad civil es preciso conectar con un tipo de literatura comprometida, desperdigada, que se encuentra fundamentalmente en los sermones, en los panfletos y en la prensa periódica de la época. María Pilar Pérez Cantó y Teresa García Giraldez, *De colonias a República. Los orígenes de los Estados Unidos de América*, Síntesis, Madrid, 1995, pp. 233-234.

santo patrón de la ideología angloamericana" con su "individualismo posesivo", también a esta ortodoxia le ha llegado, como a tantas otras, su revisionismo, que reinterpreta los orígenes de la nación norteamericana en sentido republicano<sup>261</sup>: los americanos fundadores no eran individualistas a ultranza seguidores de Locke (cuya hegemonía absoluta en el pensamiento fundacional americano se niega), sino más bien republicanos defensores de la "virtud republicana"<sup>262</sup> y del "bien público" (*public good, res publica, commonwealth*) como fin último del Gobierno y también de todo ciudadano como contraposición al fin privado o egoísta que seguirían los ciudadanos al ejercer sus derechos según el individualismo lockiano<sup>263</sup>. Aunque sin ánimo de terciar en esta polémica, hemos de decir que parecen

---

261 Como señalan Pérez Cantó y García Giraldez, el republicanismo alude al idealismo republicano heredado de la oposición radical *whig*, tomado por los patriotas americanos y significaba no sólo el final de la monarquía y su sustitución por un gobierno electivo, sino que añadía a la separación de la Gran Bretaña una dimensión moral y unos ideales que, aunque en buena medida eran utópicos, respondía a los deseos de cambio de la sociedad norteamericana. Desde que se inició la crisis imperial, los norteamericanos buscaron la revalorización de su vida provincial y la encontraron en la exaltación de la imagen tradicional del colono norteamericano. El amor a la libertad, su espíritu igualitario y las limitaciones que los colonos sufrieron para dominar la naturaleza hostil de un continente nuevo fueron identificados con los valores republicanos y creyeron que ellos serían capaces de hacer realidad las teorías que los intelectuales llevaban siglos invocando. La República, frente a los abusos de los gobiernos en que se veía el origen de todos los males de la sociedad europea, brindaba los argumentos para combatir aspectos fundamentales de la sociedad tradicional, como la herencia y el clientelismo, y los males que de ellos sobrevenían, sobre todo los privilegios para la aristocracia y la pobreza de una mayoría. A su vez, les ofrecía un gobierno fuerte y una sociedad en la que la elección se basaba en el mérito natural y en la igualdad de los ciudadanos independientes unidos por el afecto y la armonía. El republicanismo se basaba en la propiedad individual, pero también propugnaba un sistema moral basado en la cohesión social y el bien común. María Pilar Pérez Cantó y Teresa García Giraldez, *De colonias a República...*, cit., pp. 236-237.

262 "Para los sectores más radicales [de la reinterpretación en clave republicana] el aspecto más importante del republicanismo era la exigencia de la virtud. El ciudadano independiente debía ser virtuoso y dedicarse de forma altruista al bien público", con generalización de la propiedad, pero también con exclusión del voto de mujeres y esclavos. María Pilar Pérez Cantó y Teresa García Giraldez, *De colonias a República...*, cit., pp. 237.

263 La bibliografía es ingente, pero, aparte de otros trabajos a que nos referiremos, pueden citarse un par de obras significativas a título orientativo, en las que se encontrarán amplias y más específicas referencias bibliográficas. La obra revisionista acaso más importante sea la de Gordon S. Wood, *The creation of the american...*, cit.; y como obra crítica respecto del revisionismo puede verse Isaac Kramnick, *Republicanism and Bourgeois Radicalism. Political Ideology in late eighteenth-century England and America*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1990, autor que señala, por cierto, cómo el libro de Wood sigue siendo "la guía más brillante" sobre el momento fundacional norteamericano, un libro con el que "todo el que escriba sobre esta época" tiene contraída una deuda; también puede consultarse con provecho Jerome Huyler, *Locke in America. The Moral Philosophy of the Founding Era*, University Press of Kansas, Lawrence, 1995. Y como obra que trata desde una perspectiva actual este revisionismo: Bruce Frohnen, *The new communitarians and the crisis of modern liberalism*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996.

existir sólidas razones para pensar que, al menos en el pensamiento americano de la época de la Declaración de Independencia y de las Declaraciones de derechos, existían abundantes elementos cívico-humanistas o, si se prefiere, "republicanos", sin perjuicio de su coexistencia de otros de indudable influencia de Locke, a los que precisamente aquellos matizaban o corregían. Y en estos elementos, en cuanto puedan tener de relevancia para la cuestión aquí estudiada, nos centraremos en las siguientes líneas.

Hemos de empezar necesariamente por referirnos a la Declaración de independencia, que alude en su Preámbulo, como ya se ha adelantado, a unas "verdades evidentes por sí mismas: que todos los hombres son creados iguales"<sup>264</sup>, que son dotados por su Creador con ciertos derechos inalienables, que entre ellos están la Vida, Libertad y la Búsqueda de la Felicidad". Aunque a esta Declaración subyace una clara influencia de Locke, el liberalismo y la concepción de los derechos naturales, estos derechos no se concebían, en realidad, como derechos absolutos o no sujetos a límites por parte del gobierno legítimo sino que la concepción de estos derechos era claramente legataria de la opinión del jurista británico Blackstone, quien gozó de gran prestigio en América durante los siglos XVIII y XIX. Blackstone entendía que los derechos (o "inmunidades privadas" como los designa también en el pasaje más relevante al respecto de sus *Commentaries on the Laws of England*) pueden reducirse a tres derechos básicos: el derecho a la seguridad personal, el derecho a la libertad personal y el derecho a la propiedad privada. Son justamente esos, y no otros, los derechos que aparecen proclamados en la Declaración de Independencia y que luego aparecerán proclamados, como derechos más básicos, aunque junto a otros también de notable importancia, en las Declaraciones estatales de derechos. Pues bien, respecto de esos tres derechos "principales o primarios", el propio Blackstone deja clara su naturaleza limitada cuando los describe, no siendo, pues, ninguno de ellos un derecho "absoluto o totalmente inalienable, puesto que están siempre limitados por el derecho superior de una mayoría del pueblo a su soberanía"<sup>265</sup>. En efecto, dirá Blackstone, los

---

264 Aunque esta igualdad no es preciso señalar que no se predicaba de los esclavos negros, a quienes simplemente no se consideraba miembros de la sociedad. No fue así en Massachusetts, donde su Declaración de Derechos proclamaba la libertad de toda la "humanidad" y el artículo que así lo establecía se insertó, como nos dice un historiador de finales del siglo XVIII (Belknap), no como una mera verdad moral o política, sino con la finalidad clara de establecer el principio general de liberación de los esclavos y, a partir de esta disposición y de la opinión pública sobre este tema, muchos negros pidieron y obtuvieron su libertad, declarando el Tribunal Supremo estatal en 1783 que "la idea de esclavitud es incoherente con nuestra propia conducta y con nuestra Constitución". Algo parecido pasó en New Hampshire. Y la *Northwest Ordinance* de 1787 abolía también la esclavitud en este vasto territorio. Robert Allen Rutland, *The Birth of the Bill...*, cit., pp. 103 y 110.

265 Barry Alan Shain, *The Myth of American individualism. The Protestant Origins of American Political Thought*, Princeton University Press, Princeton, p. 250.

tres derechos a la vida<sup>266</sup>, a la libertad<sup>267</sup> y a la propiedad están todos ellos, sin excepción posible, sujetos al "control o disminución [...] por el Derecho de la tierra" ("control o diminution [...] by the laws of the land"). Y dice igualmente: "y es nuestro derecho innato disfrutar enteramente estos derechos y libertades; a menos donde las leyes de nuestro país las han sometido a restricciones necesarias" ("And all these rights and liberties is our birth-right to enjoy entire; unless where the laws of our country have laid them under necessary restraints"<sup>268</sup>).

Y como señala Shain, el lenguaje y la lógica utilizadas en las Declaraciones de derechos y en las constituciones estatales no hacen más que confirmar esta concepción de los derechos como "protecciones importantes y necesarias del individuo frente a las actuaciones arbitrarias del monarca, pero que no pueden proveer al individuo con un cerco protector contra la voluntad legítima de la mayoría expresada en el Parlamento"<sup>269</sup>. No resulta, por ello, hoy sostenible que los revolucionarios americanos concibiesen sus derechos como absolutos en el sentido de no sujetos a límites sino que, por el contrario, como Lutz ha demostrado, las primeras constituciones estatales "asumieron que los derechos de la comunidad eran generalmente superiores a los derechos del individuo", permitiéndoles afectar casi a cualquier "derecho que hoy consideramos inalienable"<sup>270</sup>. Ilustremos esto con algunos ejemplos:

1.- La Declaración de derechos de Virginia, quizás la más afamada, sólo califica como inalienable el derecho de su artículo III: "cuando un Gobierno fuera manifiestamente inadecuado o contrario a estos principios"<sup>271</sup>, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e imprescriptible a reformarlo, alterarlo o abolirlo en la forma que se juzgara más conveniente al bienestar público"<sup>272</sup>. El artículo IV establece que ningún hombre, o grupo de hombres "are entitled to

266 "El disfrute legal e ininterrumpido de una persona de su vida, sus miembros, su cuerpo, su salud y su reputación".

267 "El poder de locomoción, de cambiar de situación o de trasladar a la persona de uno mismo".

268 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1775, p. 144, cit. por Michael Sachs, *Grenzen des...*, cit., p. 7.

269 Barry Alan Shain, *The Myth of...*, cit., pp. 250 ss.

270 Donald S. Lutz, *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1980, p. 50 ; id., *The Origins of American Constitutionalism*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1988, p. 71.

271 Se refiere a que "el Gobierno es o debe ser instituido para el provecho, protección, seguridad y derecho común del pueblo, nación o comunidad; que de los varios modos o formas de Gobierno es el mejor aquel que es capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad, y ofrece la mejor garantía efectiva contra el peligro de una mala administración".

272 En cambio, respecto de la libertad religiosa, parece no confundirse su dimensión jurídica con otras ajenas al Derecho, pues se proclama la inmunidad de coacción ("la religión [...] sólo puede estar dirigida por la razón y la convicción, y no por la fuerza o la violencia") y la libertad de cultos, sin señalar ningún límite expreso, pero sin que tampoco se califique a estas libertades de inalienables.

exclusive or separate emoluments or privileges from the community", pero añade una excepción o límite a la igualdad: "but in consideration of public services". El derecho de sufragio se reconoce a los hombres "having sufficient evidence of permanent common interest with, and attachment to, the community" (art. VI). Y se reconoce, *a contrario sensu*, que puede ser privado de su propiedad, o se le puede obligar a pagar impuestos, "for public uses" con su consentimiento o el de sus representantes elegidos. Y ningún hombre puede ser "bound by any law to which they have not, in like manner, assented, for the public good" (art. VI). Y, sobre todo, la parte final del artículo VIII puede bien ser interpretada como una reserva general de ley<sup>273</sup>: "no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers". Es cierto, sin embargo, que en el caso de la libertad de prensa se dice que es uno de los grandes baluartes de la libertad y "no puede ser nunca restringida, sino por gobiernos despóticos".

2.- En el caso de la Constitución de Nueva York también se describe el *status* único de la conciencia religiosa, pero después se declara con carácter general que ningún miembro de este Estado "será privado de cualquiera de los derechos o privilegios asegurados a los sujetos de este Estado por la Constitución, sino es de acuerdo con el Derecho del país o el juicio de sus pares". Aquí no es ya que el Derecho legal pueda limitar los derechos individuales, sino que puede hacerlo también, como Shain nos dice, "la voluntad mayoritaria y potencialmente más arbitraria de un jurado. Ningún derecho individual era verdaderamente inalienable en el sentido en que lo era sólo la libertad de conciencia"<sup>274</sup>.

3.- El Estado de Connecticut en su Declaración de derechos enumera una lista considerable de derechos, pero tales derechos están lejos de ser absolutos o inalienables, pues la propia Declaración prevé que el individuo pueda ser privado de dichos derechos cuando quiera que ello aparezca "claramente autorizado por el Derecho de la tierra". Los derechos reconocidos son derechos importantes, pero no tan importantes que se impongan a los derechos de la mayoría a autogobernarse y a salvaguardar su bienestar colectivo.

4.- También en los Territorios del Noroeste, como demandaba el Congreso, se aprobó en 1787 por la mayoría la llamada *Northwest Ordinance*<sup>275</sup> por la que se establecía que "ningún hombre será privado de su libertad o propiedad, sino por el juicio de sus pares o el Derecho de la tierra" y, como Shain nos recuerda, el derecho último del individuo era el derecho a ser juzgado por la voluntad irrevisable de la mayoría, "una condición normalmente no asociada con el individualismo o la protección de los derechos individuales, sino más bien con la soberanía

---

273 Cfr. Michael Sachs, *Grenzen des...*, cit., p. 8, n. 10.

274 Barry Alan Shain, *The Myth of...*, cit., p. 251.

275 *Ordinance of the Government of the territory of the United States North West of the River Ohio*, elaborada en un momento en que se había producido una maduración y evolución de las ideas sobre las Declaraciones de derechos (1787) y por un Comité de trabajo en el que se integraron, entre otros, Jefferson, Madison, Monroe y Rufus King. Robert Allen Rutland, *The Birth of the Bill...*, cit., pp. 106 ss.

democrática<sup>276</sup>.

5.- La Declaración de derechos de New Hampshire alude a que sólo ciertos derechos son "inalienables, porque nada equivalente puede ser dado o recibido de ellos". "De este tipo", dice expresamente dicha Declaración, "son los derechos de la conciencia"; los demás derechos, no son por consiguiente, *a contrario sensu*, verdaderamente inalienables.

6.- Carolina del Norte, por ejemplo, después de decir que un derecho como la libertad religiosa es verdaderamente inalienable, implícitamente argumenta que todos los otros derechos están sujetos a la voluntad de la mayoría<sup>277</sup>. Así lo hace al establecer que "ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, desposeído de su dominio absoluto, libertades o privilegios, o proscrito [*outlaw*], exiliado o de cualquier otra manera aniquilado o privado de su vida, libertad o propiedad, sino *de acuerdo con el Derecho del país*". Y, en efecto, esta prescripción parece sugerir más bien que los derechos estaban todos ellos sujetos a la consideración y limitación de la mayoría, partiendo siempre, claro está, de la existencia de un gobierno democrático.

7.- En la más radical de las Constituciones estatales, la de Pensilvania, los derechos individuales son nuevamente subordinados a las necesidades y voluntad de un "gobierno mayoritario completamente capaz de restringir legítimamente todas las libertades individuales". Se sostiene que sólo al Estado pertenece el derecho a regular la moral de sus ciudadanos, que el Gobierno debe servir a la comunidad, no a "cualquier hombre en particular, familia o conjunto de hombres, quienes sólo son parte de la comunidad", y que la mayoría tiene el derecho a determinar cuáles son los fines apropiados a cumplir (Declaración de derechos de Pensilvania de 1776)<sup>278</sup>.

8.- La Declaración de derechos de Vermont establece que "el pueblo de este Estado tiene el único, exclusivo e inherente derecho de gobernar y regular la policía interna del mismo" y que esta misma "comunidad tiene un indudable, inalienable e imprescriptible derecho de reformar, alterar o abolir, el gobierno de la manera que se juzgue por esa comunidad más conveniente para el bien público". Y es que todos los gobiernos legítimos son populares y mayoritarios "e instituidos únicamente para el bien de la comunidad" (Delaware) y estas propias declaraciones de derechos "no dejan ningún fundamento para defender al individuo frente a las intromisiones estatales en lo que hoy llamaríamos los derechos individuales civiles. La mayoría [de los ciudadanos] tiene que establecer estándares morales y juzgar la conducta de los individuos"<sup>279</sup>.

---

276 Barry Alan Shain, *The Myth of...*, cit., p. 252.

277 Barry Alan Shain, *The Myth of...*, cit., p. 251.

278 Barry Alan Shain, *The Myth of...*, cit., p. 31. "Resulta así que, en lugar de proteger los derechos inalienables de los individuos, como uno habría esperado, estos documentos de la era revolucionaria defienden los derechos absolutos de la mayoría y el bien común".

279 Barry Alan Shain, *The Myth of...*, cit., pp. 30-31.

9. En la Constitución estatal más cuidadosamente elaborada del Estado quizás más importante, Massachusetts (1780), afirma la doctrina que "la teoría política de la Constitución de Massachusetts de 1780 subordina al individuo a la sociedad"<sup>280</sup>. Y en esta Constitución pueden encontrarse, como Sachs destaca, toda una variedad de limitaciones expresas, como para la propiedad o la libertad personal e incluso para la libertad de culto divino que se reconoce en el artículo 2 con la reserva: "provided he doth not disturb the public peace or obstruct others in their religious worship"<sup>281</sup>.

A la luz de estas disposiciones contenidas en las Constituciones, o Declaraciones de derechos, de los (futuros) Estados norteamericanos del siglo XVIII, y que constituyen el contexto normativo innegable de la propia Declaración de Independencia, a la luz de las Constituciones coloniales del siglo XVII y a la luz asimismo de la interpretación autorizada del *common law* dada por Blackstone y de que ya nos hemos hecho eco, la conclusión es clara para Shain: la Declaración de Independencia defiende el derecho del pueblo al autogobierno y a otros ciertos derechos individuales que ningún *otro pueblo* puede denegarle legítimamente. Pero no defiende, como algunos comentaristas modernos han sugerido, que los derechos individuales son aquellos que "por definición *no pueden* ser dejados por los individuos en nombre de algún bien público trascendental o en nombre de cualquier otra cosa"<sup>282</sup>. Lejos de ello, nos dice Shain, "todo lo que se conoce acerca del pensamiento político del siglo XVIII americano" conduce justamente a la conclusión contraria<sup>283</sup>. Y Sachs, por su parte, considera que todos los datos apuntan a que las "limitaciones [a los derechos] no pueden en su conjunto considerarse como cuerpos extraños al temprano Derecho Constitucional de América"<sup>284</sup>.

280 Barry Alan Shain, *The Myth of...*, cit., p. 31.

281 Michael Sachs, *Grenzen des...*, cit., p. 8.

282 Gary J. Schmitt y Robert K. Webking, "Revolutionaries, Antifederalists, and Federalists: Comments on Gordon Wood's Understanding of the American Founding", *Political Science Reviewer*, núm. 9, 1979, p. 198.

283 A ello se añaden otros argumentos, como que esos derechos proclamados, si se hubiesen concebido como derechos individuales absolutos, "habrían servido poco a las necesidades de un pueblo dividido en rebelión o a los propósitos propagandísticos del auténtico documento público", además de que "es bien sabido, como los Leales [a la Corona británica] recordaron a sus compañeros Americanos, que si los colonos hubiesen estado primariamente interesados en asegurar los derechos personales más que la libertad corporativa, nunca habrían buscado la independencia de Gran Bretaña" y sólo el hecho de que los *Patriotas* americanos buscasen una libertad distinta de la que existía en Inglaterra, más corporativa y comunitaria que privada e individual como la existente en Inglaterra, explica sus actuaciones revolucionarias. Además, la opinión mayoritaria tanto en las colonias del Norte como en las del Sur parece que era la de que sólo la libertad de conciencia, junto a la libertad corporativa del pueblo a autogobernarse, eran libertades "inalienables", estando sujetas las demás al bien común sancionado por el "Derecho de la tierra". Barry Alan Shain, *The Myth of...*, cit., pp. 252, 255 y 256 ss.

284 Michael Sachs, *Grenzen des...*, cit., p. 9; e id., en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 239-240.



Es cierto que en la nueva República el peligro más amenazante para la libertad iba a venir constituido, antes que nada, por un exceso de libertad que podía acabar destruyéndola, es decir, un mal entendimiento del verdadero significado de la libertad, y sobre todo la posibilidad constante de que fallase la virtud pública, la llamada ya entonces "virtud republicana"<sup>285</sup>, que suponía no confundir, ni equiparar, la libertad con el libertinaje o la libertad del hombre en un estado de naturaleza que era, en realidad, "un estado de guerra, rapiña o asesinato". Como nos dice Wood, "la verdadera libertad era 'la libertad natural restringida en tal manera como para convertir a la sociedad en una gran familia; donde cada uno debe consultar la felicidad de su vecino tanto como la suya propia'. En una república, 'cada individuo renuncia a todo interés privado que no esté de acuerdo con el bien general, el interés de todo el grupo'"<sup>286</sup>. Como advirtiera Dickinson, "un pueblo camina rápidamente hacia la destrucción si los individuos consideran sus intereses como distintos de los del público".

Y en esa situación, tanto los sermones como los discursos de la época, como también los poemas patrióticos o los dramas, acentuaron la importancia de preservar la libertad republicana, incluso a expensas de la libertad individual. "Un ciudadano debe todo a la República", escribió Samuel Adams a Caleb Davis en 1781. Y Benjamin Rush fue incluso más radical cuando escribió: "todo hombre en una república es propiedad pública". Estas ideas "no llevan a la negación del principio de libertad individual. Por el contrario, durante la década que siguió a la Declaración de Independencia, la libertad fue incluso más apreciada que antes"<sup>287</sup> pero sí parece haber una conciencia de que, en el ejercicio de las libertades,

---

285 La "virtud republicana" fue "una de las claves de la época", "una cualidad sin la que la libertad civil sería un término vano" (Marienstras). Como Wood, en uno de los mejores estudios de esta época histórica en Norteamérica, ha destacado, ninguna sociedad puede vivir como tal "sin la obediencia de sus miembros a la autoridad legalmente constituida" y si esa obediencia se lograba en una monarquía a través del temor o el terror, en el caso de una república donde los gobernantes representaban al pueblo y estaban de hecho al servicio del pueblo, el "orden, si tenía que haber alguno, debía venir desde abajo" y no impuesto desde arriba, resultando así que la propia grandeza del republicanismo, su dependencia última del pueblo, era al mismo tiempo su debilidad: "en una república no hay espacio para el temor". Esta "transformación verdaderamente revolucionaria en la estructura de la autoridad" llevó a afirmar a los *Tories* que las ideas de los *Whig* iban en contra no sólo de la autoridad constituida sino de toda autoridad posible y subvertían también todo posible orden social, citándose la frase de Blackstone de que "la obediencia es una denominación vacía, si cada individuo tiene derecho a decidir hasta qué punto él mismo obedecerá". Los *Whigs* eran bien conscientes de este peligro de libertinaje, pero no consideraban su obra como contraria a toda autoridad, sino que su construcción debía elevarse sobre nuevos principios y, en particular, sobre la "virtud republicana", que es como el siglo XVIII americano llamó a "la voluntad del individuo de sacrificar sus intereses privados", y hasta la propia vida, en pro "del bien de la comunidad —tal como el patriotismo o el amor del país—". Elise Marienstras, "Liberty", en Jack P. Greene y Jack Richon Pole (eds.), *The Blackwell Encyclopedia of...*, cit., pp. 612; Gordon S. Wood, *The creation of the...*, cit., pp. 66-67.

286 Gordon S. Wood, *The creation of...*, cit., pp. 60-61.

287 Elise Marienstras, "Liberty", en Jack P. Greene y Jack Richon Pole (eds.), *The Blackwell Encyclopedia of...*, cit., pp. 612-613.

hay que atender siempre al bien de la comunidad, al bien común, lo que se explica porque en 1776 la solución de los problemas de la política americana no parecía descansar tanto en enfatizar los derechos privados de los individuos frente a la voluntad general como en acentuar los derechos públicos del pueblo como colectivo frente a los intereses supuestamente privilegiados de sus gobernantes.

### 5.- Los límites a los derechos fundamentales en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

La DDHC (1789)<sup>288</sup>, con un antropocentrismo casi religioso, proclama unos derechos del hombre y unos derechos del ciudadano, residiendo la diferencia fundamental entre unos y otros en que los primeros tienen un carácter presocial (libertades civiles), mientras que los segundos están vinculados a la existencia de la ciudad o *polis* (libertades políticas). Y, con el característico chauvinismo galo, no se contenta con propugnar una vigencia nacional para esos derechos, sino que estamos en presencia de una Declaración de derechos con vocación universal que pretende regir no sólo en Francia, rompiendo de modo rotundo con el Antiguo Régimen, sino que también quiere ofrecerse como modelo para el resto del mundo y de la humanidad<sup>289</sup>. No corresponde aquí, naturalmente, el estudio de esta Declaración de derechos sino en lo que se refiere a la regulación que en la misma se realiza de las limitaciones a los derechos fundamentales<sup>290</sup>.

---

288 Dicha Declaración tuvo como fuentes filosóficas el pensamiento judeo-cristiano, la doctrina de los derechos naturales, y la filosofía de Lumières y, como fuentes jurídicas más directas, los pactos ingleses y las declaraciones americanas de derechos.

289 Y acaso no sin excesiva ingenuidad, si se atiende a sus extraordinarios efectos hasta hoy en día. Ya Paine, en su obra de réplica a Burke (*Reflexiones sobre la revolución francesa*, traducción de Enrique Tierno Galván, CEC, Madrid, 1978; y también en Edmund Burke, *Textos políticos*, FCE, México, 1984, pp. 39 ss.) y de defensa encendida de la Revolución Francesa, había sostenido que "la Declaración de Derechos, en su conjunto, resulta más valiosa para el mundo y le hará más bien en definitiva, que todas las leyes y estatutos que han sido promulgados hasta ahora". Thomas Paine, *Los derechos del hombre*, FCE, traducción de José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina, México, 1996, p. 105.

290 La Revolución Francesa supuso una ruptura abrupta con todo el sistema absolutista y feudal anterior. La contradicción entre una estructura político-social rígida y obsoleta, de un lado, y una nueva sociedad con tendencias expansivas en el comercio y la cultura dan lugar, en el verano de 1788, a la convocatoria de unos Estados Generales (que llevaban casi dos siglos sin reunirse), a raíz de la presión de la opinión pública desde la negativa del Parlamento de París a consentir nuevos impuestos por corresponder ello sólo a la nación en Asamblea. Se ha dicho (Jorge del Vecchio, *Los derechos del hombre y el contrato social*, Reus, Madrid, 1914, p. 61) que los *cahiers de bailliages* (instrucciones que los electores de los tres estados dieron a sus representantes) dan a conocer de modo inmejorable el espíritu de aquel tiempo y son la más apreciada indicación de las causas de la revolución. Pues bien, estos *cahiers de bailliages* (y no sólo buena parte de los del tercer estado, también los del clero y hasta algunos de los de los nobles) muestran que existía un amplio acuerdo en corregir el orden jurídico existente y, en particular, en muchos casos, por influjo de las Declaraciones americanas, se hablaba ya de la necesidad de promulgar una Declaración

### A) Las limitaciones genéricas o globales a los derechos reconocidos

Sorprende, en primer término, a este respecto, y por contraposición a la regulación en las primeras Declaraciones americanas de derechos, que el que antes se ha denominado "fervor del neófito" no haya llevado a los revolucionarios franceses a proclamar con carácter absoluto los derechos reconocidos, sin reconocerles ninguna limitación, especialmente si se atiende a un doble dato: a) de un lado, el de que dicha Declaración francesa de 1789, y la Revolución francesa misma, se presentaba como una ruptura rotunda y decidida con el régimen absolutista anterior, desde luego de un modo mucho más intenso que la llamada Revolución americana; y, por otra parte, b) nos referimos al hecho de que los derechos reconocidos se conciben como derechos presociales y preestatales, siendo, en esta línea, categórico el enunciado mismo del artículo 2 DDHC: "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Pese a todo ello, es lo cierto que en la DDHC encontramos un reconocimiento claro del carácter relativo de los derechos reconocidos. Como nos dice Sachs, "el nuevo enfoque doctrinario, comparado a los precursores americanos, con que postulaba en Francia la Declaración de 1789 en el artículo 2 los derechos humanos naturales e imprescriptibles — especialmente libertad, propiedad, seguridad y resistencia contra la opresión—, hizo necesarias las correspondientes declaraciones básicas sobre los límites o restricciones de estos derechos, que, sin embargo, son regulados de modo completamente diferente. En particular, la libertad fue establecida conforme a la definición de la conducta que no daña a ningún otro; la ley relativa a la definición de las limitaciones sólo debía poder dirigirse en contra de acciones dañinas para la sociedad (art. 4 y 5)"<sup>291</sup>.

Resulta así que, aun siendo derechos naturales e imprescriptibles, los derechos de la Revolución Francesa no son, ni pretenden presentarse como, derechos absolutos, sino que son derechos susceptibles de limitación, por más que la DDHC se cuide mucho de reducir esas limitaciones al mínimo indispensable para garantizar la coexistencia pacífica y armónica de los derechos de unos y otros miembros de la sociedad y establezca como garantía básica de extraordinaria relevancia la reserva de ley. El artículo 4 de la Declaración es, en este sentido, bien revelador de esta nueva concepción de los derechos del

---

de derechos, como primer capítulo de una nueva Constitución (sobre esto, y sobre la elaboración de la Declaración, véase Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derecho y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 81 ss). Esta Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano será aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional francesa, así llamada desde el 27 de junio, cuando el Rey cede a las presiones y a las revueltas populares e invita a los otros dos estamentos a unirse al tercer Estado en una única Asamblea en la que decidiría por votos y no por estamentos, y autoproclamada constituyente desde el 9 de julio.

291 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, p. 240

hombre y del ciudadano. En efecto, dicho artículo, después de proclamar con carácter más general que "la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro", establece en particular que "el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos"<sup>292</sup>, así como que "estos límites sólo pueden ser determinados por ley".

En este precepto de la Declaración francesa bien podrían entenderse expresadas de modo claro las dos diferencias sustanciales que García de Enterría, ha encontrado entre dicha Declaración y los *Bills of Rights* norteamericanos: la concepción radical de la sociedad y del Estado como un fruto de la simple coexistencia de las libertades y el papel central reservado a la Ley en esa construcción social y política, esto es, el llamado "legicentrismo". A cada una de estas características nos referiremos ahora por separado:

a) *Los derechos de los demás como límite de los derechos reconocidos*. La DDHC no es que sólo reconozca de modo expreso, como límite a los derechos, a los derechos de los demás miembros de la sociedad, sino que es ése el único límite querido por los revolucionarios, quienes se cuidarán de cerrar el paso a cualquier otro límite por medio de una redacción tajante ("la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro"; "tiene como límites sólo ..."). Y es que los revolucionarios franceses conciben a la sociedad como un mero conglomerado de individuos. Late aquí una concepción claramente individualista del hombre y sus libertades. Como comenta Häberle, "aquí se olvida tanto la referencia de la libertad a lo social, al otro, como su aspecto corporativo; en definitiva, la idea comunitaria"<sup>293</sup>. Ello lleva a Häberle a considerar, desde una perspectiva retrospectiva, a este precepto como ejemplo de los artículos de la Declaración "que ya *prima facie* fueron corregidos y debieron ser corregidos en el desarrollo posterior (nuevos niveles textuales) del Estado constitucional", dado su "concepto de libertad unilateralmente individualista". Por nuestra parte, no podemos dejar de estar de acuerdo con el juicio de Sachs de que la Declaración de 1789, "a la vista de las

---

292 La Declaración de derechos de la Constitución de 1793 reiterará que "la libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer todo lo que no dañe a los derechos de los demás [...] su límite moral está en esta máxima: no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti".

293 Peter Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez y prólogo de Antonio López Pina, Trotta, Madrid, 1998, p. 51. Como dice Chevallier, el individualismo que caracteriza a la DDHC se plasma de modo especial en este artículo 4 pues la definición que ahí se da de libertad, no sólo de la libertad política, sino de la libertad de todo tipo "es una definición individualista", que atiende a cada individuo aislado y no como integrado realmente en la sociedad y se puede, por ello, criticar que implica una coexistencia de individuos, una simple yuxtaposición de individuos y desconoce el carácter orgánico de una sociedad, el carácter comunitario de una nación. Jean Jacques Chevallier, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France. De 1789 a nos jours*, Dalloz, Paris, 1977, p. 350.

múltiples vinculaciones de todas las libertades a los intereses comunitarios, no puede caracterizarse como exageradamente individualista"<sup>294</sup>, aunque, desde nuestro punto de vista, una excepción debe hacerse respecto del derecho de propiedad, cuya concepción actual en Europa es bien distinta de la que latía en el artículo 17 DUDH, pues nuestro concepto en la actualidad parte de la llamada función o vinculación social de la propiedad, que es fruto de una larga evolución que se iniciaría sólo muchos años después. Pero es también preciso reconocer que, incluso en el caso de este "inviolable y sagrado" derecho, la propia Declaración reconoce como límite la expropiación por causa de necesidad pública.

Y por otro lado, debe también ser destacado que los límites que la Declaración de 1789 reconoce no lo son, en sentido estricto, respecto de los derechos mismos sino que son límites respecto del ejercicio de esos derechos. En este sentido, los revolucionarios cuidarán mucho el lenguaje utilizado en la Declaración. Y ello no puede considerarse, a nuestro modo de ver, como una circunstancia puramente casual, sino que responde a una concepción profunda del hombre y de la sociedad. El hombre tiene unos derechos que, en principio, serían derechos absolutos, pero que en la práctica no lo son, no pueden serlo, porque el hombre es un "animal político" en el sentido aristotélico, un ser que está destinado a vivir en sociedad y esa coexistencia con otros hombres exige cohonestar el ejercicio por cada hombre de sus derechos con los derechos iguales de los demás hombres. Los derechos no tienen, en sí mismos, límites, pero sí los tiene necesariamente su ejercicio real y efectivo. Cuestión distinta es que la limitación de los derechos del hombre sólo por los derechos de los demás permita algo más que una mera coexistencia y, en concreto, la convivencia que toda sociedad civilizada presupone.

b) *La necesaria previsión por la Ley de los límites a los derechos reconocidos.* El artículo 4 de la Declaración se encarga de precisar que esa limitación a todos los derechos constituida por los derechos de los demás habrá de articularse a través del instrumento técnico que es la Ley, encargada de garantizar el ejercicio armonioso de todos los derechos reconocidos por todos los miembros de la sociedad. Como comenta García de Enterría, es aquí "donde se produce la sorprendente convergencia en el texto del artículo 4: la derecha acepta que la Ley constituya los límites de los derechos y confía en que esa Ley estará pronto en sus manos; la izquierda acepta que la Ley fije esos límites, pero

---

294 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 240. En efecto, aparte de la reserva general de limitación del artículo 4, hay limitaciones específicas en relación a la libertad de opinión (artículo 10), libertad de expresión y de prensa (artículo 11), la propiedad inviolable y sagrada, a las que después se hará cumplida referencia. Pero, como Sachs destaca también, se carece en cambio de restricciones análogas para la seguridad y el derecho de resistencia y es incierto también si "la mención de las desigualdades sociales en el art. 1 frase 2 de la igualdad [art. 1: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. *Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común*"] —otra cosa es en el art. 2 de la Déclaration de la Constitución de 1793— debe relativizar la igualdad, aquí no mencionada expresamente como derecho". *Ibíd.*, p. 240.

intenta definir el ámbito legítimo de la Ley, que no puede exceder de la función de articular derechos entre sí. Hubo, pues, un malentendido en esa confluencia, pero el resultado fue trascendental, la consagración formal de la Ley como garantía de la libertad, fórmula llamada a un extraordinario porvenir" y que "entierra su vieja concepción como *quod princeps placuit*, lo que al príncipe place, su simple voluntad superior"<sup>295</sup>.

Entiende García de Enterría que esta estrecha vinculación entre norma objetiva y derecho subjetivo, esta "soldadura" entre derecho subjetivo y Ley operada por la DDHC, constituye, quizás, la aportación fundamental de la DDHC a la historia de la formación del derecho subjetivo. "Ésta es, justamente, la gran novedad de la Declaración francesa respecto de las Declaraciones americanas, la que destruye en un punto central, aunque sea supuestamente técnico, la vieja tesis de Jellinek sobre la absoluta predeterminación de aquélla por éstas. Así lo ha observado, agudamente, Stephan Rials (aunque sin obtener todas las consecuencias [...]), notando que esto que llama 'legicentrismo'<sup>296</sup> supone una idea nueva de la Ley como liberadora y creadora de felicidad, en cuanto garante supremo de los derechos del hombre proclamados. Es por cierto, algo más que una idea, es una técnica política y jurídica precisa, cuya efectividad veremos que será de primera importancia. En este sentido es esencial el artículo 4 de la Declaración", que, "lejos de ser, como pensaba Jellinek, un enunciado de 'metafísica política' y sin contenido 'legislativo', este precepto, sin parigual en los precedentes americanos, es una de las claves del nuevo sistema jurídico inaugurado por la Revolución Francesa"<sup>297</sup>.

Este solo artículo, en conexión con los artículos 5 a 8 de la misma Declaración, va a suponer que, como Garrison ha dicho, en la Revolución Francesa, a raíz de la Declaración de 1789, la Ley se haga

295 Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1994, p. 121. "El cuadro que diseña este sistema es enteramente novedoso y se opone, en pura teoría, al sistema absolutista, en el que un vicario divino en la tierra [el Rey 'por la gracia de Dios'] gobernaba por su sola prudencia la grey de su pueblo. Es un sistema donde el contenido de derechos y de deberes está absolutamente predeterminado en el marco legal, abstracto, donde la intervención pública en la vida social está limitada a actuar esa predeterminación legal y nada más. Ello crea por sí solo un ámbito de libertad, de certeza y de seguridad jurídica donde la libertad civil de los ciudadanos puede desarrollarse por sí misma, sin temor a interferencias imprevistas, lo que ocurrirá en todo el ámbito no cubierto por las habilitaciones legales al poder y aun en el seno de éstas, para que su ejercicio se acomode estrictamente a las reglas, a los procedimientos y a los fines que la Ley ha fijado" (p. 131).

296 "Esta colocación de la ley en el centro mismo del sistema de los derechos está en el origen de dos fenómenos capitales derivados en línea recta de la Declaración Francesa y que se buscará en vano en la influencia histórica del Derecho norteamericano: la formación del Derecho Público europeo a lo largo de todo el siglo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de Leyes, precisamente, la reconfiguración del Estado en lo que no había sido en todo el largo y profundo Antiguo Régimen, una *machina legislatoria*, en el 'Estado Legislación', según la lúcida explicación de Carl Schmitt". Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos...*, cit., p. 80.

297 Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos...*, cit., pp. 79-80.

omnipresente y omnipotente y se la venere casi religiosamente<sup>298</sup>. Y, como ha sostenido García de Enterría, "pocas veces una formulación legislativa aparentemente tan simple, y por de pronto tan corta, habrá tenido una trascendencia tan espectacular. Se encierra ahí todo el futuro de la organización política y del Estado para varios siglos (acabamos de entrar en el tercero, y no se vislumbra aún el fin del modelo)", consistente en "la legalización general del ejercicio del poder"<sup>299</sup>.

Pero el "legicentrismo" instaurado, o propugnado al menos, por la DDHC tiene otra consecuencia que nos interesa aquí más y que es la "casi mágica articulación [de la Ley] con la libertad"<sup>300</sup>. Como nos dice Del Vecchio, el pensamiento fundamental de la Declaración de derechos (o, mejor dicho, el problema fundamental que debía resolver) fue el de hacer de la autonomía de los individuos y naciones el principio constitutivo de toda organización política. Y la dificultad teórica para ello estribó, sobre todo, "en vencer la autonomía que en apariencia reina entre el concepto de libertad y el de ley, entre el derecho intangible de la persona y la soberanía del Estado. La solución sólo podía obtenerse mediante una determinación más precisa y filosóficamente más elevada del concepto de ley, determinación por la cual éste llegará a coincidir esencialmente con el de libertad. La Declaración de los derechos, compendiando en sus fórmulas el trabajo filosófico de muchos siglos, ha trazado las líneas de esta síntesis superior. Para ella la ley no es lo estatuido por una autoridad de cualquier modo instituida, sino que tiene un fundamento invariable y objetivo, cuyos términos se hallan fijados por su naturaleza *a priori*. 'La ley es la expresión de la voluntad popular', pero la voluntad general tiene por elementos constitutivos los derechos originarios del individuo. La igual libertad de cada uno está llamada a determinar lo que ha de ser igualmente obligatorio para todos. Cualquiera otra forma con que se impongan límites al derecho humano, por implicar una prohibición de éste, es ilegítima. La *soberanía exclusiva de la ley* —concebida la ley como función de los derechos individuales— es, por lo tanto, la fórmula alcanzada por la Declaración y con la cual ésta resuelve el problema que se había propuesto. Cuando solo impera la ley, como sintética excepción de la igual libertad de cada uno, el Derecho natural persiste dentro de los términos del Estado; no se destruye la libertad que, por su naturaleza, tiene el hombre, sino que sólo se ejercita, mediante la ley, en forma refleja"<sup>301</sup>.

---

298 Jean Jacques Chevallier, *Histoire des institutions...*, cit., p. 25; F. Garrison, *Histoire du Droit et des institutions*, Montchrestien, Paris, 1977, p. 354.

299 Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos...*, cit., p. 115.

300 Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos...*, cit., p. 115. "La ley pasa así al lugar central del sistema. No sólo es [...] el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos, libertades iguales y recíprocas, y llamadas, por tanto, a una coexistencia obligada; pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas, las cuales sólo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medio de agentes ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas". *Ibíd.*, p. 130.

301 Jorge del Vecchio, *Los derechos del hombre...*, cit., p. 135.

Se adopta así una postura o idea defendida ya por Rousseau en diversos textos (*Contrat social*, voces "Droit naturel" y "Economie Politique" de la *Encyclopédie*, dirigida por Diderot y D'Alembert) y que estaría "llamada a un largo y glorioso porvenir, la idea de que, a través del mágico mecanismo del establecimiento de las Leyes por la voluntad general y por medio de preceptos igualmente generales, resultará un tipo de sociedad en el que reinará la libertad de cada uno, sin otro límite que el respeto a la libertad igual de los demás. Esta idea es la que proclama el artículo 4 de la Declaración de derechos de 1789 y la que elevará a la más alta expresión la Filosofía del Derecho y del Estado de Kant". Sieyès lo dirá en términos bien claros en un artículo publicado el 8 de junio de 1793 en el *Journal l'Instruction Sociale*: "La sumisión a las leyes, lejos de atacar o restringir la libertad, deviene su más poderoso medio, su salvaguarda más segura"<sup>302</sup>.

Así pues, es esta concepción individualista y legicentrista (la ley como garantía de una esfera de libertad individual) de la libertad la que pasa a la Declaración de derechos de 1789 en su artículo 4. Hoy parece comprobado<sup>303</sup> que el padre de este precepto fue Sieyès, aunque después de un tira y afloja dentro de la Asamblea, en concreto con las fuerzas monárquicas y conservadoras<sup>304</sup>. Sieyès presentó un proyecto íntegro de

---

302 Enmanuel Sieyès, "De los beneficios de la libertad en el Estado y en el sistema representativo", en su libro *Escritos y discursos de la Revolución*, estudio preliminar, traducción y notas de Ramón Maíz, CEC, Madrid, 1990, p. 231. Y a la pregunta de si esta sumisión a la ley no puede constituir, en realidad, "una nueva dependencia, bien rigurosa por cierto", que obliga a "someterse a esa multitud infinita de reglamentos y ordenanzas que rigen toda asociación política", responde Sieyès con un "balance exacto de las pérdidas y las ganancias para la libertad": "Permítasenos responder a la pregunta con toda brevedad. En una sociedad mal organizada, serían las pérdidas; en el verdadero orden social [y se refiere al sistema representativo, al que conduce la libertad], las ganancias, a todas luces, las que se impondrían" (p. 228).

303 Así lo sostiene García de Enterría, citando el trabajo de M. Gauchet, voz "Droits de l'homme", en el *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, dirigido por F. Furet y M. Ozouf, París, 1988, pp. 687 ss. Debe señalarse, no obstante, que el Marqués de La Fayette ya había presentado el 11 de julio de 1789, y por consiguiente 10 días antes de la propuesta del *abate* Sieyès, una breve "Moción relativa a la Declaración de los derechos del hombre" en la que ya se sostenía, con toda claridad, que "el ejercicio de los derechos naturales no tiene sino los límites que garantizan el goce de los mismos a los otros miembros de la sociedad".

304 De hecho, en la Asamblea se discutió inicialmente incluso si a la Constitución debía preceder o no una Declaración de derechos y, mientras la mayoría de los patriotas defendieron enérgicamente su necesidad de acuerdo con los nobles liberales, la negativa fue defendida no sólo por los privilegiados sino también por algunos diputados del Tercer Estado, algunos de ellos porque negaban la existencia de los pretendidos derechos naturales, pero la mayor parte porque, partiendo de la existencia de los mencionados derechos, consideraban que la ley debía delimitarlos necesariamente y, si se formulaban en términos generales y filosóficos, el pueblo podría invocarlos para oponerse a los límites que la Asamblea debería establecer. Más valía no abordar la Declaración mientras no estuviera concluida la Constitución, de forma que se pudiera armonizar una con otra. La cuestión quedaría zanjada el 4 de agosto por la mañana en favor de la formulación de una Declaración de derechos. Georges Lefebvre, 1789: *Revolución Francesa*, Laia, Barcelona, 1973, pp. 205-206.



Declaración de derechos<sup>305</sup>, proyecto éste "típicamente liberal"<sup>306</sup> contenido dentro de un documento más amplio bajo el título "Preliminares de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano", leído los días 20 y 21 de julio de 1789 al Comité de Constitución. En dicho Proyecto de Declaración, es el artículo 4 el que nos interesa pues es en él en el que se afirma que "cada hombre es libre en el ejercicio de sus facultades personales con la única condición de que no perjudique los derechos ajenos", debiendo en cualquier caso ser la Ley, como expresión de la voluntad general (artículo 26), la que dibuje esos límites constituidos por los derechos de terceros según se deduce del artículo 6, relativo a la libertad de trabajar, conforme al cual "sólo la Ley puede marcar los límites a ésta *como a cualquier otra libertad*" (cursiva nuestra)<sup>307</sup>.

En la exposición razonada que acompañaba a este Proyecto de Declaración de derechos, se referiría también Sieyès a esta cuestión de los límites a las libertades y lo haría en los siguientes términos: "Los límites de la libertad individual no se sitúan sino en el punto en el que ésta comienza a perjudicar la libertad ajena. Es la Ley la que debe reconocer y marcar estos límites. Fuera de la Ley, todo es libre para todos, ya que la unión social no sólo tiene por objeto la libertad de uno o de varios individuos, sino la libertad de todos. Una sociedad en la que un hombre fuese más libre o menos libre que otro, estaría, con toda seguridad, muy mal organizada; dejaría de ser libre; habría que reconstituirla"<sup>308</sup>. Más adelante, en 1793, en un artículo ya citado, Sieyès profundizaría en esta reflexión: "Aun cuando quisiéramos remontarnos al hombre salvaje, aprehendiéndolo en el estado más aislado, más ajeno a cualquier especie de unión política, suponiéndolo el más celoso de su libertad, este hombre entraría voluntariamente en sociedad. Y no sólo esto, sino que lo haría por la sola inspiración de su libertad bien entendida, toda vez que en esta nueva situación acrecentaría su poder y su independencia [...] El hombre, al entrar en sociedad, no sacrifica una parte de su libertad. En efecto, incluso en ausencia de vínculo

---

305 A esta propuesta de una Declaración de Sieyès a que venimos refiriéndonos acompañaba, y precedía, una "exposición razonada" de la misma, que su autor consideraba sustancial pues la Declaración propuesta es sólo "una serie de máximas al estilo de las Declaraciones de derechos ya conocidas, y apropiadas para el gran número de ciudadanos menos acostumbrados a reflexionar sobre las relaciones de los hombres en sociedad", según el propio Sieyès reconocía en dicha exposición razonada.

306 Jacques Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Presses Universitaires de France, 1989, p. 31.

307 El artículo 10, por su parte, prescribía que "la Ley debe tener a sus órdenes a una fuerza capaz de reprimir a aquellos ciudadanos comunes que pretendan atacar los derechos de otro".

308 El documento citado, conteniendo el Proyecto de Declaración de derechos así como la exposición razonada, constituyó un folleto editado por Baudouin, impresor de la Asamblea Nacional en 1789 en París, y puede consultarse en el utilísimo libro de Christine Fauré, *Les déclarations de droits de l'homme de 1789*, Payot, París, 1992, del que hay versión castellana, que seguimos: *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Fondo de Cultura Económica, México, 1995, especialmente pp. 86 y 91.

social alguno, nadie tiene derecho de menoscabar a otro. Puesto que el derecho de dañar no ha podido pertenecer jamás al ámbito de la libertad, sería un error creer que se le sacrifica al asociarse con sus semejantes. [ ] Lejos de disminuir la libertad individual, el Estado, por tanto, la extiende y asegura su disfrute, ahuyentando multitud de obstáculos y peligros a los cuales se hallaba en exceso expuesta, con la sola garantía de una fuerza privada, confiándola al abrigo todopoderoso de la asociación entera. [ ] Así, puesto que en el Estado el hombre acrecienta sus medios morales y físicos, sustrayéndose, simultáneamente, a las múltiples inquietudes que jalonan su uso, es de rigor señalar que la libertad es más plena y más completa en el orden social de lo que jamás lo haya podido ser en el estado que se llama de la naturaleza"<sup>309</sup>.

El Proyecto de Sieyès fue finalmente rechazado por la mayoría moderada, tomándose como base para el debate el Proyecto elaborado por uno de los Comités de la propia Asamblea, si bien en una parte sustancial, y en concreto en el que luego será el artículo 4 DDHC, terminará por imponerse en el debate plenario.

En efecto, en los debates hubo un sector que propuso que, junto a la Declaración de derechos, se enunciase otra Declaración de *deberes*<sup>310</sup>

---

309 Enmanuel Sieyès, "De los beneficios de la libertad...", cit., pp. 227-228.

310 Aunque ya antes se habían hecho ciertas propuestas en esa línea, el debate sobre la conveniencia de promulgar una Declaración de deberes junto a la de derechos se planteó directamente el día 4 de agosto, a partir de una moción de Camus, interviniendo en su favor el Abbé Gregoire. Debe mencionarse también aquí la "Exposición de los motivos que parece deben determinar que se una a la Declaración de los derechos del hombre la Declaración de los deberes del ciudadano", presentada por el señor de Sinety, de la que pueden destacarse algunas de las razones que se contienen en esa Exposición para justificar la propuesta de una Declaración de deberes del ciudadano: "la tendencia natural del hombre al egoísmo lo orienta siempre hacia su bienestar y hacia su beneficio personal, sin considerar sus relaciones con los demás. La felicidad de sus conciudadanos, el bien de la sociedad, no son realmente sino motivos secundarios, ignorados por la clase más numerosa, poco percibidos por los hombres que carecen de instrucción y, quizás, también son indiferentes para los que no son consecuentes con sus propias reflexiones [...] Así, no es sin fundamento que muchos honorables miembros hayan hecho observar que el hombre, abandonado únicamente a su impulso natural, podría, al interpretar según su propia conveniencia todos los artículos aislados de la Declaración de los derechos naturales del hombre, darles una extensión perjudicial para sus conciudadanos; y que, profundamente convencido de sus derechos personales, desconocería los de la sociedad, y perturbaría la tranquilidad [...] Existe un medio, creo, para alcanzar la meta saludable que nos proponemos lograr: consiste en eliminar los peligros, al adoptar esta Declaración, mediante la exposición de los deberes del ciudadano [...] como el hombre ciudadano no tiene ningún derecho natural que no esté limitado en la sociedad por un deber correspondiente, en lugar de dar la Declaración aislada de los derechos naturales del hombre, en la que reconocemos que hay peligros, presentada así, me atrevo a tomarme la libertad de exponer esta Declaración mediante un cuadro a doble margen en dos columnas [...] de manera que el artículo del deber esté junto, en la segunda columna, al artículo del derecho al que corresponde, y del que debe limitar el ejercicio; de manera que, finalmente, el artículo del deber, al estar ubicado al lado del artículo del derecho, del que modifica y regula el uso, no pueda escapar al ojo del lector y que, al mismo tiempo, lo ilustre sobre sus derechos, y lo instruya sobre sus deberes". Christine Fauré, *Las declaraciones...*, cit., pp.

para contrabalancear la primera, pero, como comentará Paine, no sin un cierto punto irónico, esta propuesta "descubre mentes que reflexionaban, y que sólo erraron al no reflexionar lo suficiente. Una Declaración de Derechos constituye, por reciprocidad, una Declaración de Deberes. Todo lo que es mi derecho como hombre, es también el derecho de otro hombre y se convierte en mi deber garantizarlo tanto como protegerlo"<sup>311</sup>. Esta opinión, expresada por Paine *a posteriori* con una lógica tan aplastante, será en último término la que se imponga en la Asamblea Nacional: la reciprocidad de los derechos reconocidos supone ya *per se* el reconocimiento de un deber general de respetar los derechos de los demás, lo que supone de suyo un importante correctivo de cualquier pretendido carácter absoluto de los mismos<sup>312</sup>. Esta, y no otra, es la tesis plasmada, en definitiva, en el citado artículo 4 de la Declaración<sup>313</sup> y que, por cierto encuentra un antecedente inmediato ya en el primer proyecto colectivo de Declaración de derechos, que se presentó el 28 de julio de 1789 —"Proyecto de los primeros artículos de la Constitución", presentado por Mounier, como miembro del Comité encargado del plan de la Constitución—, cuyo artículo 7 rezaba que "el derecho de cada uno consiste en el ejercicio de sus facultades y está limitado únicamente por el derecho análogo de que gozan los otros individuos", añadiéndose a este precepto otro de este tenor: "El deber de cada uno consiste en respetar el derecho ajeno" (artículo 8).

## B) El principio general de libertad

Un precepto que merece ser destacado, dada su relevancia con relación a la cuestión aquí estudiada de las limitaciones a los derechos fundamentales, es el artículo 5 de la Declaración, que consagra el llamado *favor libertatis*, en virtud del cual "todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena". Estamos ante el remate de la reserva de Ley que, para las limitaciones a los derechos fundamentales, tan cuidadosamente diseña la Declaración francesa. No es ya sólo que las limitaciones a los derechos

---

157-158. La propuesta de unir una Declaración de deberes a la de derechos fue rechazada por 570 votos frente a 433 a favor.

311 Thomas Paine, *Los derechos del hombre*, cit., p. 104.

312 Pero como bien observa Peces-Barba, el intento de unir una Declaración de deberes a la de derechos no hacía ya referencia a "los deberes correlativos", sino que se trataba de "una declaración paralela, expresión de un tratado de moral. En el fondo, es la desconfianza, el temor y la sospecha ante los derechos solemnemente proclamados". Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derecho y Derechos Fundamentales*, cit., p. 96.

313 Podría entenderse recogida esta filosofía también, incluso, en el propio Preámbulo de la Declaración donde dice: "Los representantes del pueblo francés [...] han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sus derechos y sus deberes". La Declaración de derechos, al prever que el ejercicio del propio derecho esté limitado por los derechos de los demás, está sentando también el deber de respeto a los derechos ajenos.

naturales hayan de estar previstas por la Ley, sino que además esas limitaciones diseñan un círculo negativo que prohíbe determinadas conductas o que ordena otras, pero fuera de ese círculo ha de entenderse que el hombre goza de completa libertad para ejercer sus derechos, su libertad.

Ello supone, sencillamente, que se invierte la posición que el hombre, el ciudadano ocupaba en el Antiguo Régimen: no se trata solamente de que el hombre pueda conocer con antelación las limitaciones posibles a su libertad (que han de estar previstas por la Ley, norma general y pública) ni de que esas limitaciones sólo puedan responder a la necesidad de garantizar el goce de los derechos naturales por los demás hombres, lo que ya es un completo avance, sino que se proclama de modo enérgico el principio general de libertad, de manera que, fuera de los casos en que para proteger los derechos de terceros la Ley consagre alguna limitación a los derechos naturales del hombre, el hombre es libre para ejercer su libertad pues nadie puede impedir lo que la Ley no prohíbe. Y si el artículo 5 dice que la Ley puede prohibir ("sólo") las acciones perjudiciales para la sociedad, cuando se trata de la restricción de los derechos naturales el límite que la Declaración establece a la Ley parece aún más estrecho pues ésta sólo puede limitarlos para garantizar "a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos", sin perjuicio de que la propia Declaración parezca reconocer, con relación a algunos derechos, otros límites, específicos para cada uno de ellos, más amplios. A ellos pasamos a referirnos.

### **C) Limitaciones específicas para ciertos derechos**

1.- La libertad física. La reserva general de ley para toda limitación a los derechos reconocidos del artículo 4, aparece además concretizada respecto del derecho a la libertad física. En efecto, el artículo 7 DUDHC establece que "ningún hombre puede ser acusado, encarcelado ni detenido sino en los casos determinados por la ley", pero no se limita a ello sino que se exige, como garantía de procedimiento, que la acusación, el encarcelamiento o la detención se produzcan, necesariamente, sólo "según las formas por ella [la ley] prescritas". Así pues, toda limitación a la libertad personal no sólo ha de venir prevista por la ley, sino que además la detención, la limitación a la libertad personal, ha de ejecutarse, ha de llevarse a cabo en la forma o, lo que es lo mismo, con las formalidades que la misma Ley ha de prever.

El artículo 7 establece, a renglón seguido, que "aquellos que soliciten, expidan o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o arrestado por la ley debe obedecer al instante, y si resiste se hace culpable". Se deduce de ello con meridiana claridad que son privaciones "arbitrarias" de libertad todas aquellas que no puedan reconducirse a alguno de los supuestos de privación de libertad que la ley ha de prever, no es posible ninguna detención sin cobertura legal; pero también serán privaciones de libertad

arbitrarias aquellas que, aun realizándose "en los casos determinados en la ley", no se realicen con las formalidades que ella prescribe, esto es, aquellas que no se realicen de acuerdo con el procedimiento previsto legalmente. Y la propia Declaración se encarga de garantizar que sean castigados todos los que soliciten, expidan o hagan ejecutar las órdenes en virtud de las cuales se produzcan esas privaciones de libertad arbitrarias. Es más, parece poder deducirse del precepto, en una interpretación *a contrario sensu*, que el ciudadano llamado o arrestado de modo arbitrario no "debe obedecer al instante" y puede resistirse sin hacerse culpable.

2.- Legalidad penal. Aparece asimismo concretizada la reserva general de ley del artículo 4 con relación a las penas, que sólo pueden preverse por la Ley y que también deben ejecutarse de acuerdo con la Ley: "nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley [...] legalmente aplicada", con lo cual se consagra una reserva de ley que se extiende más allá de la previsión de las penas, pues debe cubrir también la ejecución de las mismas.

Pero la Declaración no se limita a reiterar la reserva genérica de ley para toda limitación a los derechos reconocidos respecto del sector penal, sino que introduce dos barreras que son infranqueables para la misma Ley: de un lado, la Ley sólo puede establecer aquellas penas que resulten "estricta y evidentemente necesarias", lo que supone una consagración del principio penal hoy conocido como de "intervención mínima", así como del principio de proporcionalidad en materia penal; y de otro lado, la Ley en cuestión deberá, además, haber sido establecida y promulgada con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. Así pues, en este campo, la Declaración no se remite "en blanco" al legislador, a la Ley como expresión de la voluntad general, sino que marca unas fronteras que la propia Ley no debería traspasar en este ámbito penal, y que vienen constituidas por los mencionados principios de intervención mínima, proporcionalidad y de irretroactividad penal, que vienen así a operar, en el sector jurídico-penal, como límites a la limitación a los derechos humanos que, en último término, implica toda sanción penal.

3.- La libertad de opinión. También se concreta la reserva genérica de Ley (artículo 4) con relación a la libertad de opinión (que incluye las opiniones religiosas<sup>314</sup>), para la que se admiten limitaciones cuando su ejercicio conlleve una alteración del "orden público establecido por la Ley" (artículo 10).

4.- Libertad de expresión. La llamada libertad de comunicación de los pensamientos y opiniones también aparece sujeta a limitaciones previstas por la ley, pues se establece la necesidad de responder del

---

314 Comenta Paine a este respecto que "tanto en Francia como en otros países, muchas gentes se preguntan si el artículo décimo garantiza suficientemente el derecho que en él se reconoce, porque despoja a la religión de toda dignidad divina, debilitando su fuerza operativa sobre la mente, al convertirla en tema de leyes humanas. Se presenta al hombre como una luz interceptada por un medio nublado, en el cual la fuente está oscurecida y fuera del alcance de la vista y entonces el hombre no percibe nada que deba ser objeto de su reverencia en ese rayo oscurecido. Thomas Paine, *Los derechos del hombre*, cit., pp. 103-104.

"abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley" (artículo 11), debiendo destacarse que la responsabilidad aquí prevista es una responsabilidad *a posteriori*, sin que se admita en modo alguno la censura previa ("todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, a reserva de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley"). Se pasa, así, de un régimen preventivo con censura previa, a otro represivo con responsabilidad exclusivamente *a posteriori*, prevista por la Ley, y sólo verificable en casos excepcionales en cuanto que esta libertad se proclama como "uno de los derechos más preciosos del hombre" (artículo 11)<sup>315</sup>.

5.- Derecho a la propiedad. El derecho de propiedad se reconoce en el artículo 2 de la Declaración, que lo proclama como uno "de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre", pero especialmente en el artículo 17. Este precepto nos parece de enorme significación pues, aunque empieza declarando al derecho de propiedad "inviolable y

---

315 Puede recordarse, con relación a esta cuestión, que el 20 de enero de 1790 será justamente Sieyès quien presente un Proyecto de Ley de prensa que tratará de explicitar o desarrollar la restricción prevista genéricamente por el artículo 11 DDHC y en el que se proponía la hábil solución de que los "abusos" (a que la Declaración se refería) de la libertad de prensa fueran determinados por un jurado compuesto de periodistas y juristas, imponiendo las penas correspondientes. Ello provoca la inmediata protesta de Marat: "Este Proyecto contiene las bases destructivas de toda libertad; es equivalente a la Ley marcial". Brissot, por su parte, afirma que "el mejor remedio a la licencia de la prensa es la libertad" (Albert Soboul, *Le civilisation et la Révolution Française*, Arthauc, Paris, 1982, p. 101). Finalmente, el Proyecto de Sieyès fue abandonado, reinando durante tres años una casi absoluta libertad de prensa pues no se preveía ninguna medida restrictiva de carácter general. Se produce así una explosión cuantitativa de la prensa, tanto en París como en las provincias, no siendo exagerado afirmar, según Dorigny, que entonces los periodistas ejercían un verdadero poder político, un magisterio sobre la opinión (M. Dorigny, voz "Presse (Regime de la)", en Jean-René Suratteau y François Gendron (dir.), *Dictionnaire historique...*, cit., 859), ni tampoco, como Godechot subraya, que la libertad de prensa fue entre el 26 de agosto de 1789 y el 10 de agosto de 1792 "legalmente ilimitada" (Jacques Godechot, "La Révolution Française et la liberté", en Günter Birtsch, *Grund- und Freiheitsrechte ...*, cit., p. 246). Como Schroeder nos dice, "puesto que la aprobación de nuevas leyes penales estaba pendiente y las viejas autoridades censoras ya no desempeñaban sus tareas, esta declaración [contenida en el artículo 11 DUDHC] significaba la garantía de la libertad absoluta de prensa" (Así, Christiane Schroeder-Angermund, *Von der Zensur zur Pressefreiheit. Der absolutistische Zensursystem in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts -Eine Innensicht*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1993, p. 160). Ello dará lugar, sin embargo, a explosiones de cólera, tanto de grupos conservadores, como de los elementos revolucionarios, atacándose las imprentas y forzando a veces a las autoridades a arrestar, a pesar de la ley, a los directores de periódicos, acciones que sin embargo no podrán evitar el desarrollo de la prensa, revolucionaria y contrarrevolucionaria (Jacques Godechot, "La Révolution Française...", cit., p. 246). Esta situación se mantendrá sólo hasta que en agosto de 1792 Theuret vuelve a la carga, presentando un nuevo Proyecto de Ley de Prensa que fue adoptado pese a la oposición de Robespierre y Petion y en el que se precisan los delitos de prensa, de que conocen los jurados, por más que, de hecho, esta ley restrictiva de la libertad de prensa no llegase nunca a ser aplicada [Albert Soboul, *Le civilisation et la Révolution ...*, p. 101; M. Dorigny, voz "Presse (Regime de la)", cit., p. 859].

sagrado", admite a continuación una excepción, bien que con una formulación negativa de esa eventual limitación, que además deberá tener una base legal y realizarse previa y justa indemnización: "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización". Esta disposición parte ya del hecho de que previamente la Asamblea Nacional, del 5 al 11 de agosto, había suprimido "enteramente el régimen feudal" de la propiedad, enormemente complejo en su configuración jurídica<sup>316</sup>.

Respecto del derecho de propiedad rige, naturalmente, la prescripción general del artículo 4 sobre las limitaciones de los derechos naturales del hombre, entre los que, como hemos visto, se incluye la propiedad, pero además el artículo 17 añade otros límites específicos, que parecen desde luego más amplios: los que vengan exigidos evidentemente por razones de necesidad pública, siempre y cuando esta última aparezca justificada por la ley y, en todo caso, previa la justa indemnización. A ello debe, además, añadirse que el artículo 13 de la Declaración recoge un deber específico, el deber contributivo, que entendemos que estaba inevitablemente destinado a operar como límite del derecho de la propiedad: "Para el mantenimiento de la fuerza [pública] y para los gastos de la Administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios"<sup>317</sup>. Por otro lado, parece difícil aceptar que la DUDHC pretendiese acabar con los derechos reales sobre cosa ajena, que suponen, por más que se basen en la *voluntas dominus*, una clara limitación para ejercitar la propiedad "del modo más absoluto".

Ocurrió, sin embargo, que el Código Civil francés de 1804 declaró que "la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière plus absolue" (art. 544), con lo cual se vuelve a la concepción romana de la propiedad como "dominium ex iure Quiritium" según la cual el

---

316 El 4 de agosto se había acordado que los derechos de "manos muertas", los trabajos obligatorios y todas las cargas personales de la propiedad fueran suprimidos sin compensación, mientras que los derechos de uso (*banalités*), los derechos de medida y de minado, y sobre todo los impuestos reales, se declaraban redimibles, sin haber discusión sobre la abolición de los privilegios fiscales. Pero a la hora de plasmar ese acuerdo por escrito, y dada la dificultad de diferenciar entre las cargas personales, abolidas sin indemnización y las cargas reales redimibles, y los desacuerdos que entonces surgieron, finalmente se produjo la entera abolición del régimen feudal, por más que no se hubieran atacado los derechos honoríficos ni el derecho de primogenitura. Georges Lefebvre, 1789: *Revolución francesa*, cit., pp. 214 y 217. Y como del Vecchio comenta, "mientras los castillos eran destruidos por los aldeanos que, de ese modo querían destruir, con los archivos, los títulos de los derechos feudales, la Constitución se dedicaba por medios teóricos a suprimir aquellos mismos derechos". Jorge del Vecchio, *Los derechos del hombre...*, cit., p. 79.

317 Aunque el artículo 14 da la vuelta a este deber, rodeándolo de una garantía en favor de los ciudadanos-contribuyentes: "Todos los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o mediante sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, seguir su empleo y determinar la cualidad, la cuota, el método de cobro y la duración".

propietario no está sujeto a ningún límite ni al cumplimiento de ninguna función. Se pretende que cada ciudadano sea un auténtico monarca absoluto dentro de su propio fundo. Al menos así lo interpretó la Escuela francesa de la exégesis (Demolombe, Marcadé, Toullier, Troplong, Moulon, Proudhon), que, llevada, al menos en un primer momento, por la ideología iusnaturalista, procedió a una exaltación de la letra del Código que les condujo a calificar la propiedad como un señorío absoluto e ilimitado sobre una cosa corporal. Con ello, sin embargo, se ignoraba el contexto histórico en que se aprobó el Código Civil. El artículo 544 del *Code* se explica como reacción frente a todos los vínculos y limitaciones que caracterizaban a los esquemas germánicos propios del Antiguo Régimen y que se habían ido aboliendo por las leyes aprobadas por el recién instaurado orden liberal desde 1789 a 1804. Se pretende, en fin, remachar que la propiedad quedaba desligada respecto de todo tipo de "dominio eminente"; ya no existe un "duplex dominium" y se aspira asimismo a dar certidumbre en la posesión a los propietarios de bienes nacionales o también en manos muertas (Iglesia, Instituciones benéficas, etc.) que han sido adquiridos como consecuencia de la desamortización de dichas propiedades. En suma, se pretende reforzar, consolidar e imponer los principios fundamentales de la ideología burguesa y borrar todo rastro de los esquemas germánicos característicos del mundo feudal<sup>318</sup>.

Y la prueba de que la propiedad se concibe, pese a la retórica del pasaje transcrito del artículo 544 del *Códe*, como un derecho susceptible de limitaciones es que el propio precepto subordina la facultad de usar las cosas al pleno respeto de las prohibiciones que se puedan establecer por ley o reglamento ("pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglaments") por más que ello pueda considerarse, en pura lógica y al margen del contexto histórico, una cierta *contradictio in terminis* y por más también que sea preciso reconocer que en esa época apenas se hace uso de la potestad legislativa y reglamentaria, con lo cual los límites efectivos a la propiedad son más bien "escasos y proliferan poco"<sup>319</sup>. Todo ello no hace sino poner de relieve que la propiedad no es un derecho "absoluto" en el sentido de carente de límites, sino más bien un derecho "pleno", que sí puede estar sujeto a límites, por más que éstos tengan un

---

318 Seguimos aquí a Rafael Colina Garea, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 83-89.

319 Rafael Colina Garea, *La función social de la propiedad...*, cit., pp. 95-96. En realidad, los límites que se van a establecer por esta vía responderán a necesidades que se suscitan en el plano de los intereses privados, esto es, para garantizar a otras personas el ejercicio de iguales derechos, fundamentalmente, por tanto, en el ámbito de las relaciones de vecindad, pero también desde esta perspectiva serán en la época liberal cuantitativamente escasos por tratarse de una sociedad predominantemente agrícola, con lo cual la dispersión en pequeños núcleos rurales hacía poco frecuente que los intereses de un propietario chocasen con los de otro en el ejercicio de sus respectivos derechos. Se trataba, fundamentalmente, de deberes negativos de "no hacer" (pp. 96-97). Junto a ello, los restantes derechos reales diversos del de propiedad se conciben de un modo muy restrictivo, mediante un sistema de *numerus clausus*, y con carga de la prueba para quien los alegue (p. 101).



claro carácter excepcional y, desde luego, no se habla de la función social de la propiedad.

#### **D) Declaración francesa y Declaraciones americanas: comparación en lo que a las limitaciones a los derechos reconocidos se refiere**

Una última reflexión se impone respecto de esta regulación general de las limitaciones a los derechos fundamentales en la Declaración Francesa. Se ha dicho que ésta última se caracteriza por ser más bien retórica, filosófica o ideológica frente al marcado pragmatismo jurídico-político de las Declaraciones americanas, que son concebidas para ser invocadas ante los tribunales por los ciudadanos lesionados en sus derechos. Ahí se ha visto por algunos, incluso, la "diferencia esencial" entre una y las otras, que impide hablar de una imitación servil de la Declaración francesa<sup>320</sup>.

Ello, sin embargo, no impide reconocer que en la configuración de los derechos, y por consiguiente en la delimitación de su contenido y la previsión de los límites ineludibles a los mismos, la Declaración francesa ha sido, sin duda posible, más realista y pragmática, reconociendo límites a todos los derechos naturales y ello aún sin dejar de reconocer su condición de derechos naturales<sup>321</sup>. Si se piensa, por ejemplo, en la libertad de expresión, no sólo describe la Declaración genéricamente en qué consistirá su contenido [ ], sino que se determinan las manifestaciones concretas de esta libertad (hablar, escribir e imprimir) y se fijan igualmente sus posibles límites, que sólo podrán derivarse de los "abusos" de la libertad y, en todo caso, como responsabilidad *a posteriori* por el abuso, eliminándose así la posibilidad de un régimen preventivo o de censura previa.

Y distinta fue, por supuesto, la suerte que la historia inmediata reservaría a unas y otras Declaraciones y su eficacia real, pues en Estados Unidos los derechos se van a considerar invocables ante los tribunales desde el primer momento y, además, allí "Constitución (lo que es tanto como decir derechos) y control de constitucionalidad son coetáneos como causa y efecto"<sup>322</sup>, mientras que en Europa (con la sola salvedad de Suiza y aun allí sólo desde 1874, por medio del recurso de Derecho Público) los derechos se van a vincular inescindiblemente al principio de legalidad, con un sometimiento absoluto del juez a la ley parlamentaria, incluso a costa de los derechos constitucionalmente proclamados<sup>323</sup>. Pero nada de ello obsta

320 Jacques Godechot, *Les institutions de...*, cit., p. 28.

321 Karl Loewenstein ve el origen de las cláusulas limitativas a los derechos fundamentales contenidas en los textos constitucionales en la Declaración francesa, "lo que se puede aclarar históricamente por el hecho de que para ésta, la ley era la racionalización cartesiana de la voluntad general". Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 397.

322 Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución...", cit., pp. 48-49.

323 Ello permite concluir que, aparte naturalmente de otras circunstancias metajurídicas (históricas, políticas, sociales), las dos grandes diferencias entre la Declaración Americana y la Francesa estriban en la pretensión de aplicación y exigibilidad judicial inmediata de los derechos en la primera frente al carácter más

para sostener la superioridad técnica de la Declaración francesa sobre las americanas en cuanto a la regulación de las limitaciones a los derechos fundamentales, pues dicha Declaración ya reconoció de un modo explícito que los derechos absolutos, no sujetos a límites, sencilla y llanamente no existían, con una claridad superior a las declaraciones americanas.

Creemos, desde luego, que lleva toda la razón Lefebvre cuando señala que el reproche que se ha dirigido a la Asamblea Nacional francesa de 1789 de haber incitado a los hombres a atribuirse una libertad ilimitada y arbitraria y a reclamar una libertad perfecta, no tiene ningún fundamento<sup>324</sup>. En el mismo sentido, Del Vecchio ha afirmado que "sólo quien se halle alucinado por un prejuicio puede descubrir en la Declaración un estímulo de licencia y un indicio de anarquía, desconociendo en aquella el sentimiento de la limitación de los derechos y de la necesidad de la ley, que está en su mismo espíritu"<sup>325</sup> y más aún, diríamos nosotros, en su propia letra. Del artículo 4 se deduce, en efecto, con toda claridad, que todo derecho, y también los derechos naturales del hombre, está limitado por los derechos de los demás, debiendo ser la ley la que fije y determine esos límites. Es bien cierto que, a pesar de ello, varios diputados, especialmente eclesiásticos como Grégoire, pidieron que se añadiera a la Declaración de derechos la de los deberes pero, como Lefebvre nos recuerda, se les respondió que derechos y deberes eran correlativos y que el derecho a la libertad comporta necesariamente el deber de respetar la de los demás, como dice el artículo 4<sup>326</sup>.

La regulación que la Declaración francesa ofrece de las limitaciones a los derechos reconocidos no era quizás la mejor posible para aquella sociedad, y menos todavía para las sociedades contemporáneas, y pecaba de cierta ingenuidad al pensar que era posible un ejercicio armónico de los derechos reconocidos simplemente a partir de la limitación de unos con otros, desconociendo que la sociedad es algo más que un simple agregado de individuos. Pero, en cualquier caso, es preciso reconocer que los autores de la Declaración francesa fueron más previsores que los autores de las Declaraciones americanas al prever ciertas limitaciones inevitables a los derechos, dándoles una concreta articulación técnica en la Declaración, algo que sólo de un modo más imperfecto y menos abierto se hizo en los *Bill of Rights* americanos. Bien es cierto que los americanos fueron más pragmáticos al concebir a los derechos, primero, como límite del Gobierno o de los poderes constituidos y, segundo, como directamente invocables antes los tribunales. Esto último, la tradición constitucional inglesa de que eran legatarios y un contexto propicio de independencia, una sociedad que estaba constituyéndose en una tierra nueva y sin ataduras históricas de varios

---

filosófico de la segunda; y en la distinción clara entre poder constituyente y poderes constituidos en la primera, que llevaba a una cierta indisponibilidad por el legislador de los derechos proclamados.

324 Georges Lefebvre, 1789: *Revolución Francesa*, cit., p. 230.

325 Jorge del Vecchio, *Los derechos del hombre...*, cit., p. 65.

326 Georges Lefebvre, 1789: *revolución francesa*, cit., pp. 230-231.

siglos de absolutismo fueron algunos factores que permitieron a las Declaraciones americanas tener un mayor éxito en la realidad histórica que con ellas comenzó, una auténtica aplicación práctica progresiva en la vida jurídica y una virtualidad transformadora que dieron lugar a una situación estable de libertad, progresivamente afianzada en los emergentes EEUU. Nada de ello debe, sin embargo, impedirnos reconocer la superioridad técnica de la Declaración francesa en cuanto a la regulación de los límites a los derechos. Pero sí nos confirma que, aun siendo las formas de gran importancia en Derecho pues para éste las formas suelen ser sustancia, la sola formulación jurídica no sirve de nada si no se inserta en un contexto político-social mínimamente adecuado y también en una concepción jurídica apropiada. Y en Europa carecíamos tanto de esa concepción jurídica (derechos como límites a los poderes constituidos; y como derechos judicialmente invocables y aplicables de manera directa) como del contexto histórico necesario. En gran medida, el desarrollo constitucional posterior en Europa va a ser la historia de una progresiva aproximación a la concepción americana de los derechos y al concepto americano de Constitución, si bien con muchas e importantes peculiaridades y especialidades, como nuestros modelos de jurisdicción constitucional concentrada, aun con sus cada vez mayores elementos difusos, ponen de relieve.

## **II.- LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL**

Debe empezar por destacarse que el análisis que aquí se pretende llevar a cabo es un análisis básicamente formalista, esto es, un examen de los textos de nuestras Constituciones fundamentalmente y, en su caso, de las leyes que las desarrollaron, y sólo muy limitadamente haremos referencia a la efectiva vigencia, o falta de ella, de tales disposiciones. Ello se explica por la perspectiva jurídica de esta tesis doctoral, pues otra solución nos llevaría a desarrollar unos ingentes esfuerzos de investigación multidisciplinar —desde un triple enfoque histórico, sociológico y jurídico— que no sólo desbordarían muy ampliamente los objetivos de este trabajo, sino que obligarían a desarrollar una labor investigadora para la que, francamente, no nos sentimos preparados. Sea como sea, debe quedar aquí constancia de ello y, sin perjuicio de ello, valga la advertencia general, que no resulta en modo alguno exagerada, de Práxedes Zancada de que en España "desde el primer instante las garantías de la Constitución han sido letra muerta, y todo el período de vigencia de los distintos textos constitucionales acusa la propia antinomia entre la ley escrita y la realidad política, entre las disposiciones amplias amparadoras del derecho y las excepciones restrictivas que trocaban casi en norma general la voluntad de los gobiernos"<sup>327</sup>. En qué medida ha sido así en cada Constitución y con

---

327 Práxedes Zancada, *Los problemas constitucionales de España*, CIAP, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 1930, p. 97. Y como dice Cruz Villalón: desde su propio

relación a cada derecho individual es, por cierto, algo que permanece en gran medida ignorado hasta hoy para nosotros y que no podrá tampoco ser aclarado en esta investigación. Baste con esta advertencia general, y con algunas observaciones complementarias más específicas que haremos en las páginas que siguen, para comprender que la visión que a continuación ofrecemos es limitada en el sentido de que, por un lado, es casi exclusivamente jurídico-formal (y aun como tal reducida básicamente al nivel constitucional) y, por otro lado, referida a los períodos de normalidad constitucional, pese a la frecuencia con que se hizo uso (abusivo, casi siempre) de los estados de excepción en nuestro constitucionalismo histórico. Hecha esta advertencia, las páginas que siguen no presentan una imagen distorsionada de la cuestión, sino simplemente una visión formal, posiblemente insuficiente, pero única posible en el marco de esta investigación.

### 1.- La Constitución de Cádiz de 1812

En la Constitución de Cádiz de 1812 no encontramos una declaración de derechos propiamente dicha, sino sólo una disposición más o menos general sobre los derechos (artículo 4) y diversos preceptos, diseminados a lo largo de todo el texto constitucional, en los que se reconocen ciertos derechos.

El citado artículo 4, en concreto, establece que "la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen", artículo del que bien pueden *a priori* deducirse varias notas: a) de un lado, se reconocen la libertad y la propiedad privada y demás derechos "legítimos" de los españoles (y sólo de ellos), siendo de destacar que el Proyecto de Código Civil de 1821 definirá, en su artículo 52, como "derechos legítimos" "todos aquellos que dimanen de *autorización de la ley*"; b) Y de otro lado, se establece por la propia Constitución la necesidad de que se dicten leyes para "conservar y proteger" todo ese conjunto de derechos legítimos (la libertad y la propiedad<sup>328</sup> a que se refiere el propio

---

nacimiento, "los derechos han seguido los avatares de la norma en la que venían insertos, de suerte que su efectividad ha sido la de la propia Constitución. Concretamente, en el ámbito constitucional europeo ha sido necesario esperar a la gradual y progresiva afirmación del carácter jurídico, en una posición de supremacía, de las Constituciones para que sea posible sostener la existencia de unos derechos fundamentales efectivamente vinculantes para todos los poderes públicos; todo ello, sin embargo, sin perjuicio de los ordenamientos, por lo demás muy distintos entre sí (Inglaterra, Francia), en los que, aun partiendo de la supremacía normativa de la Ley, los derechos y libertades encontraron la efectiva protección de los tribunales de justicia". Pedro Cruz Villalón, "Contenido, y posición y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en España", en Andrea Romano (coord.), *Enunziazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 223.

328 La comisión estuvo a punto de incluir definiciones de la seguridad, la libertad, la propiedad y la igualdad.

artículo, pero también los restantes derechos reconocidos en el Texto) y parece inevitable reconocer que, para ello, las leyes habrían de fijar límites a esos derechos, al menos en orden a garantizar el ejercicio de los derechos de los demás en cuanto unos y otros derechos pudieran entrar en colisión. De ser así, el artículo 4 podría ser interpretado no sólo como una cláusula general de reconocimiento de los derechos "legítimos" de los españoles, sino también como una cláusula habilitadora de limitaciones a esos mismos derechos; c) En tercer lugar, se trata de derechos los individuos que componen la Nación española, esto es, derechos de los españoles, no de todos los ciudadanos; d) No se incluye la igualdad y ello, según señaló Argüelles, "porque ésta, en realidad, no es un derecho, sino un modo de gozar de los derechos. Este modo debe ser igual en todos los individuos que componen la Nación". Menos moderado, el ultrarrealista Ostolaza consideraba que la única igualdad es la "igualdad legal, por la cual, a la vista de la ley, todos son iguales; esto es, tienen igual derecho a ser protegidos en los que les son propios de su clase"<sup>329</sup>.

Puede destacarse, asimismo, cómo en el artículo 371 de la Constitución se reconocía la libertad de expresión o "libertad de escribir, imprimir y publicar" que se limitaba, sin embargo, a las "ideas políticas"<sup>330</sup> y, aunque se suprime la censura previa<sup>331</sup> ("licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación"), su ejercicio queda expresamente sujeto a "las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes" y esto último va a suponer el sometimiento de la libertad en cuestión a un régimen represivo, frente al preventivo anterior. Y en efecto, el Decreto IX de 10 de noviembre de 1810, sobre libertad de imprenta, ya había instituido, con la finalidad de "asegurar la libertad de imprenta y contener al mismo tiempo su abuso", una Junta Suprema de censura, nombrada por las Cortes al objeto de que pueda encargarse de "examinar las obras que se hayan

---

329 Cito por Manuel Martínez Sospedra, *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Cátedra Fadrique Furio Ceriol, Valencia, 1978, p. 307.

330 En materia religiosa, aunque subsiste la censura previa, lo cierto es que, reconocida la libertad de imprenta y suprimido el Santo Oficio, dicha censura eclesiástica tuvo un carácter más bien formal, existiendo en la práctica un régimen de tolerancia. Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, p. 92.

331 Con ocasión del debate sobre el Decreto IX (de 10 de noviembre de 1810, de libertad política de imprenta), Muñoz Torrero no dudó en afirmar, al final de su discurso, que "la previa censura es el último asidero de la tiranía" y ya, unos meses antes, Argüelles, al pedir el nombramiento de una Comisión para la redacción del que a la postre sería el citado Decreto, señaló que la libertad de imprenta va siempre "unida a la libertad política y civil, como indispensables consecuencias. Por mucho que se declame contra los abusos, contra los excesos de esta libertad, es inevitable su promulgación, entre otras muchas razones, por la sencillísima de que es inaceptable, imposible la censura previa; de que es imposible, decimos, que un hombre, por recto e ilustrado que sea, trace una línea divisoria entre el uso y el abuso, entre lo bueno y lo malo, entre lo útil y lo que puede ser funesto"; "hay errores que todos perciben; escenas que para todos resultan escandalosas; mas cuando se trata de corregir abusos y, sobre todo, de emitir ideas en que los partidos se dividen, ¿qué individuo, qué corporación puede erigirse en juez infalible de lo que debe y no debe ser permitido".

denunciado al poder ejecutivo o Justicias respectivas"<sup>332</sup>.

Y en cuanto al derecho a la libertad, se establece la posibilidad de detención por causa criminal, previa información sumaria y autorización judicial (artículo 287), y sin necesidad de ello en caso de delito *in fraganti*, debiendo ser puesto el detenido a disposición judicial inmediatamente, y en todo caso en un plazo que no superará las 24 horas. Cabía, además, la posibilidad, cuando en circunstancias extraordinarias así lo exija la seguridad del Estado, de que las Cortes decreten la suspensión de las formalidades constitucionales para el arresto de los delincuentes "en toda la Monarquía o en parte de ella", "por tiempo determinado".

Respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio, se establece por vía de excepción que procederá la entrada en el mismo "en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado" (artículo 306).

## 2.- Las Constituciones de 1837 y 1845<sup>333</sup>

La Constitución de 1837 es el primero de nuestros textos constitucionales que dedica un título *ad hoc* al listado de una serie de derechos constitucionales. Entre ellos se va a encontrar, destacadamente y en primer lugar, la libertad de imprenta (referida a las ideas en general, y ya no sólo políticas, como en Cádiz), que se reconoce, con una cierta redundancia, "libremente" y "sin previa censura", si bien, eso sí, "con sujeción a las leyes" y sujetando, además, en la Constitución de 1837 y no en la de 1835, la calificación de los delitos de imprenta a los Jurados (artículo 2)<sup>334</sup>.

---

332 Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 69.

333 Tanto si se considera a la Constitución de 1845 como una reforma de la de 1837, como si se la considera una Constitución distinta, y aun reconociendo que una y otra parten de bases distintas, lo cierto es que, en lo que a la regulación de los derechos constitucionales se refiere, son prácticamente idénticas, lo que justifica que aquí les demos un tratamiento conjunto.

334 Antonio Colomer Viadel, *El sistema político de la Constitución española de 1837*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989, p. 165, n. 23. Sin embargo, la sujeción de la calificación de los delitos de imprenta a los jurados fue suprimida por la Constitución de 1845, frente a la previsión de la de 1837, en una manifestación de la preocupación doctrinaria de compatibilizar la ley con el orden, y ello "por entender el Gobierno que el modo y forma de enjuiciar en los delitos de imprenta, como en los demás, no debe tener rango constitucional, sino que 'debe ser materia de las leyes comunes'". La nueva política de prensa se manifestaría en un Decreto de 10 de marzo de 1846, que castigaba los ataques a la familia real, Reyes extranjeros, Constitución y leyes fundamentales del Estado, con la supresión inmediata y definitiva del periódico donde se hiciesen esos ataques. Ya un Decreto de 9 de abril de 1844, anterior a la Constitución, pero durante el gobierno moderado, había excluido los delitos de injuria y calumnia del Jurado, lo que se trataba de justificar afirmando que la libertad había degenerado en licencia y que se habían puesto en discusión las creencias, las tradiciones y las instituciones del país. Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 228. Alcalá Galiano señaló también, ante la actuación del Jurado durante la época: "Sin duda, valdría más decir: todo es lícito, si está impreso; aún lo que hablado sería delito". Citado por Antonio Colomer Viadel, *El sistema político...*, cit., p. 170, n. 29.

Y como Colomer Viadel destaca, pese al entusiasmo que esta libertad de imprenta provocó, el gobierno Calatrava no restableció los Decretos y normas de las etapas constitucionales que se refieren a la prensa e imprenta. De este modo, no volvieron a entrar en vigor en la época de las Constituyentes ni el último Decreto que habían dictado las Cortes el 22 de octubre de 1820, ni la adicional de 13 de febrero de 1822 sobre esta materia. Continuaban vigentes, por tanto, en virtud de Real Decreto de 17 de agosto de 1837, los dos Decretos de la época del Estatuto, bastante restrictivos ambos. El primero, de 4 de enero de 1834, contenía el reglamento sobre imprenta y seguían sujetos a previa censura todos los libros y papeles que trataban de religión, materias sagradas y eclesiásticas, y asimismo las obras que versen sobre la moral, la política y el gobierno, abrazando esta palabra cuanto tenga relación directa o inmediata con la legislación (artículos 6 y 7). La Real Orden de 5 de junio de 1839, dada por el Gobierno moderado, facultaba a la autoridad para recoger los impresos que considerase delictivos. El segundo de los Decretos referidos, de 1 de junio de 1834, publicaba el Reglamento que había de seguirse para la censura de los periódicos.

En materia de prensa, se dictaron tres Leyes durante la elaboración y vigencia de la Constitución de 1837. La primera, anterior a la discusión sobre la libertad de imprenta en las Constituyentes, de 22 de marzo de 1837, suprimía por primera vez en España la censura previa de los periódicos, pero establecía unos notables depósitos, unas condiciones elevadas para ser editor responsable del periódico y en los artículos 5º y 6º regulaba la responsabilidad por los abusos. Posteriormente a la Constitución, se aprobó la ley de 17 de octubre de 1837, "que introdujo en la legislación vigente importantes reformas en un sentido restrictivo". La situación de la prensa fue deteriorándose dado el exceso de apasionamiento político que sus páginas reflejaban. El 9 de abril de 1844 se dictaba una nueva ley importante en la materia, que responde ya enteramente al talante político del período moderado.

Muy relacionado con la libertad de imprenta en la mentalidad de los constituyentes se encontraba el derecho de petición, pues uno y otro se concebían como los mecanismos a través de los cuales ilustraban su conciencia los cuerpos legislativos y como fundamentos del sistema representativo. Se trata del único derecho que la Constitución reconoce expresamente como tal "derecho" de todos los españoles y lo hace para remitir su configuración a las leyes: "Todo español tiene derecho a dirigir peticiones por escrito a las Cortes y al Rey, como determinen las leyes" (artículo 3). Durante los debates se pidió por el Sr. Martínez de Velasco la supresión de la referencia a las leyes, pues no se debían imponer limitaciones a este derecho. Se le respondió por parte del Sr. Sancho que ya en la propia Constitución se establecían algunas limitaciones, alguna clara y expresa como la de que la petición había de ser por escrito, pero que tenía que haber otras posibles para evitar los abusos o para prohibir el derecho a los cuerpos armados como tales<sup>335</sup>. El artículo 3 de la

---

335 Antonio Colomer Viadel, *El sistema político...*, cit., pp. 159-161.

Constitución de 1845 es idéntico al citado de la de 1837.

Y respecto del derecho de libertad y seguridad personales, se establece que ningún español puede ser detenido ni preso, ni separado de su domicilio "sino en los casos y forma que las leyes prescriban" (artículo 7), con lo cual venía a admitirse la limitación por ley de este derecho, lo que llevó a Gómez Acebo a advertir, durante la tramitación, que el precepto era innecesario en su redacción, pues "con hacer una oferta de que vendrá algún día la ley que determine los casos y la forma en que un español puede ser detenido, puede ser preso, y allanada su casa, no adelantan [ustedes] nada", por lo que debía, bien suprimirse este artículo, bien, como propusieron también otros constituyentes, redactarse uno mucho más pormenorizado que sea una garantía efectiva. En la misma línea, Pascual manifestó que el artículo 7 no daba ninguna garantía de que un ciudadano no será preso porque cualquiera lo señale como sospechoso, o por capricho del juez si así lo permite la ley. El precepto fue aprobado con un número inusual de votos en contra, lo que da idea de la importancia que los constituyentes daban a estas garantías, garantías que algunos propusieron que se extendieran al hábeas corpus, que garantizaría no sólo que la detención se realizara conforme a la ley, sino también por un tiempo no indefinido. Digamos por último, que se preveía la posibilidad de suspensión de estas garantías "por una ley" (Cortes y Rey, por tanto) cuando "la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la monarquía" (artículo 8), previsión muy discutida y objeto de gran desconfianza por los diputados constituyentes<sup>336</sup>. Los artículos 7 y 8 se mantienen idénticos en la Constitución de 1845. Se consagran también, en el artículo 9 de las dos Constituciones, las garantías procesales y penales: "Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que estas prescriban". Por lo que se refiere al derecho a la propiedad privada, se admite la privación de la misma, por vía de excepción, cuando exista "causa justificada de utilidad común" y "previa la correspondiente indemnización" (artículo 10); se prohíbe la pena de confiscación de bienes. La misma previsión se contiene en el artículo 10 de la Constitución de 1845, si bien con relación a la pena de confiscación se dice que no se impondrá "jamás". En ambas Constituciones se prevé que "todo español está obligado [...] a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado (artículo 6 de ambas).

En la Constitución de 1837, por miedo, una vez más, a las declaraciones generales y principios abstractos, entre otras razones, no se consagró el principio de igualdad ante la ley, sino más bien algunas proyecciones concretas en la esfera política, social y procesal. Se consagra también la igualdad en una triple vertiente: por un lado, "todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad" (artículo 5); por otro lado, se establece que "unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía; en tercer lugar, la igualdad

---

336 Antonio Colomer Viadel, *El sistema político...*, cit., pp. 173 ss.



de "fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales" (artículo 4). La unidad de Códigos venía referida, según se precisó durante los debates, exclusivamente a los ámbitos civil, penal y procesal-civil y procesal-penal, y no, por ejemplo, al ámbito administrativo. En cuanto a la igualdad de fueros, no excluía los fueros militar y eclesiástico respecto de los delitos o actos especiales de los mismos o profesionales: por ello, se habla de "juicios comunes". La igualdad de fueros (artículo 4) y en cuanto a los empleos y cargos públicos (artículo 5) se reconocen en términos idénticos en la Constitución de 1845, pero no la de Códigos. En el ámbito electoral, desde luego, se está lejos de cualquier igualdad y se prevén expresamente limitaciones al derecho de sufragio (artículos 17 y 23 en la Constitución de 1837 y 15 y 22 en la de 1845)<sup>337</sup>.

### 3.- La Constitución de 1869

El liberalismo radical que inspira la Constitución de 1869 concibe a los derechos fundamentales como derechos naturales, absolutos e ilegislables y ese carácter, como Fernández Segado señala, va a significar, en definitiva, que tales derechos no pueden ser objeto del legislador, lo que va a contrastar con el sistema doctrinario de los "derechos limitados" por leyes especiales de aplicación y organización de esos mismos derechos. El término "ilegislable", objeto de controvertida polémica durante los debates constituyentes, y, desde luego, un tanto equívoco, será entendido desde una perspectiva netamente americana, y así, para el diputado señor Orense, derechos ilegislables son aquellos derechos naturales sobre los que la Constitución americana prohíbe al Congreso que legisle<sup>338</sup>.

Este carácter ilegislable de los derechos individuales apunta, a juicio de Fernández Segado, a una segunda consecuencia que define aún mejor la diferencia entre el liberalismo doctrinario y el radical: "Los doctrinarios pretenden establecer una armonía entre las esferas de acción de los individuos y entre los intereses individuales y colectivos, mediante una ordenación del Estado. Los radicales esperan que la libertad se corrija a sí misma, que el proceso natural de libre concurrencia establecerá los límites naturales de esos derechos. 'El ejercicio de los derechos individuales —dirá el diputado señor Martos al discutirse la libertad de imprenta—, el uso de las libertades, puede producir en ocasiones la fiebre, quitar la salud de los individuos y comprometer la salud de la sociedad, y hay que dejar que ese fenómeno, que esa crisis se resuelva como se resuelven las crisis de la naturaleza del hombre, que no hay nada tan salvador en la política y en la vida como la ley de la naturaleza'. De acuerdo con este principio, los derechos pasaron a la Constitución con esa mínima regulación casuística constitucional, esperando que la fiebre remitiera según la ley de la naturaleza. Pero la fiebre fue en efecto tan alta —dirá Sánchez Agesta— que es tradición que un prohombre de aquellas Cortes, añadió a las expresiones sacramentales 'naturales, absolutos,

337 Antonio Colomer Viadel, *El sistema político...*, cit., pp. 279 ss. y 329 ss.

338 Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., pp. 283-284.

ilegislables', una expresión burlesca: los derechos inaguantables"<sup>339</sup>.

De conformidad con ello, el texto constitucional va a formular en su artículo 22 una declaración general de notable interés para nosotros: "No se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título".

Consagra, así, el artículo 22 de la Constitución el principio de ilegislabilidad de los derechos individuales, siendo de destacar, sin embargo, que es una ilegislabilidad referida sólo a las disposiciones "preventivas", por lo que, tal y como pusieron de relieve los diputados durante los debates constituyentes, dejaba abierto el camino a las autoridades para aplicar todas las disposiciones "represivas" que estimaran oportunas<sup>340</sup>. Por lo demás, el artículo inmediatamente subsiguiente admite de modo expreso que en el ejercicio de estos derechos puede incurrirse en responsabilidad penal, lo que, a nuestro juicio, supone reconocer de modo tácito que, con mayor razón aún, puede incurrirse en otras responsabilidades "menores" (civil o administrativa, por ejemplo) y, por ello, la posibilidad de limitaciones *a posteriori* a los derechos individuales reconocidos. Ello resulta confirmado, como después veremos, por toda la regulación constitucional de los derechos individuales, pues la propia Constitución se cuida mucho de establecer a cada uno de ellos unos límites expresos de carácter más o menos genérico.

Y será Cánovas quien con mayor energía repudie esta concepción de los derechos individuales, si bien, como Sánchez Agesta afirma y nos recuerda Fernández Segado, lo que Cánovas repudia no son los sumandos, sino la suma; no los derechos, sino la síntesis con que han de comprenderse esos derechos, dentro de la organización total del Estado. Faltos de un desarrollo en leyes técnicas, que organicen el ejercicio de cada uno de esos derechos. Cánovas denuncia su indisciplina como una fuente de desorden social y como una causa de la violación de esos propios derechos. Falta ese arte, esencia de la política para el doctrinarismo, de "aplicar los principios más ciertos en la medida, en la forma, que los intereses, que las necesidades, que las preocupaciones mismas de una país exigen"<sup>341</sup>.

En cuanto a la concreta regulación positiva de los derechos, y sus limitaciones, en la Constitución, debe destacarse, en primer término, cómo, con relación al derecho a la libertad y seguridad personal, se admite la detención de cualquier ciudadano (sea o no español) aunque solamente "por causa de delito" (artículo 2) y en virtud de mandamiento judicial motivado (artículo 4), debiendo pasar a disposición del Juez competente en un plazo máximo de 24 horas (quien, en otro plazo de 72 horas, habrá de dejar sin efecto o elevar a prisión la detención: artículo 4). Y respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio (que se reconoce tanto a los españoles como a los extranjeros residentes en España), se admite, por

339 Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 284.

340 Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 296.

341 Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 297.

vía de excepción, la entrada, así como el registro, del domicilio en virtud de mandamiento judicial motivado y debiendo ejecutarse, en este supuesto, de día. También se admite la entrada en el domicilio, de día o de noche, y sin necesidad de mandamiento judicial, "en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o agresión ilegítima procedentes de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro", así como en caso de delito *in fraganti*, cuando el delincuente "perseguido por la autoridad o sus agentes se refugiare en su domicilio" propio o en uno ajeno (en este último caso, previo requerimiento al dueño), si bien sólo podrán penetrar en él la autoridad o sus agentes y únicamente "para el acto de la aprehensión" del delincuente.

En cuanto a la libertad de residencia o domicilio, no se admite su limitación "sino en virtud de sentencia ejecutoria" (artículo 6). También por auto judicial (motivado) podrá detenerse la correspondencia postal y la telegráfica, así como abrirse la primera en presencia del procesado. Por relación a la propiedad privada (de bienes y derechos), se admite la privación de la misma, o la perturbación en su posesión, únicamente "en virtud de resolución judicial", salvo "los casos de incendio o de inundación u otros urgentes análogos, en que por la ocupación se haya de excusar un peligro al propietario o poseedor, o evitar o atenuar el mal que se temiere o hubiere sobrevenido"; se regula además la expropiación, que no puede tener lugar "sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado". El derecho de asociación se limita "a los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública" (artículo 17), admitiéndose la disolución "por una ley" de cualquier asociación "cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado", así como la imposición de la pena de disolución a "toda asociación cuyos miembros delinquieren por los medios que les proporcione la misma"<sup>342</sup> (artículo 19). Y el derecho de reunión se sujeta a "las disposiciones generales de policía" (artículo 18), además de que "las reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas sólo podrán celebrarse de día". El derecho de petición no podrá ejercerse "colectivamente por ninguna clase de fuerza armada", ni tampoco individualmente por quienes formen parte de ella "sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con éste". El derecho de libertad religiosa y de cultos se garantiza sin más limitaciones en su ejercicio que las que se deriven de "las reglas universales de la moral y del Derecho". En cuanto a la libertad de expresión ("derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante"), se prohíbe expresamente la censura, el depósito y el editor responsable para los periódicos (artículo 22). La libertad de fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación no requerirá previa licencia, si bien sí se sujeta su ejercicio a la inspección de la autoridad competente tanto por razones de higiene como de moralidad (artículo 24). Los

---

342 El mismo artículo 19 establece que "la autoridad gubernativa podrá suspender a la asociación que delinca, sometiendo *in continenti* los reos al juez competente".

derechos de salir libremente del territorio y de trasladar la residencia y haberes a país extranjero sólo aparecen limitados por "las obligaciones de contribuir al servicio militar o al mantenimiento de las cargas públicas" (artículo 26, por relación con el 28). En cuanto al derecho de acceso a empleos y cargos públicos, se limita, para los extranjeros no naturalizados, a los cargos que no tengan "aneja autoridad o jurisdicción".

#### **4.- La Constitución de 1876**

Como se señaló antes, existía una clara contraposición en las concepciones de los derechos fundamentales y sus límites entre los liberales radicales y los doctrinarios, y ello puede constatarse fácilmente mediante el contraste de la regulación al respecto contenida en las Constituciones de 1869 y 1876. Frente a la configuración que el Texto Fundamental de 1869 realizaba de esos derechos como "absolutos e ilegislables", en el texto de 1876 nos encontramos con una regulación técnica y una concepción bien distinta, en que los derechos no sólo ya no se considerarán absolutos e ilegislables, sino que serán frecuentes las remisiones a la ley, provocando diversas protestas por ello mismo. Así, en la sesión del 22 de abril de 1876, dirá el señor León y Castillo: "Hablad, hablad de lo que dirán, de lo que determinarán las leyes orgánicas, pero no habléis de derechos individuales subordinándolos a esas mismas leyes".

Ya en el "Manifiesto de los Notables" (dirigido a los representantes de las colectividades políticas que concurrieron a la reunión del Senado del 20 de mayo de 1875), tras el reconocimiento de la existencia de verdaderos derechos naturales, se resaltaba la necesidad insoslayable de la existencia de límites a esos derechos: "Pero habría sido temerario desconocer que, siendo el hombre por su misma naturaleza un ser social, el derecho de cada individuo no puede menos de estar limitado no sólo por los derechos de los demás, sino también por el del Estado, sin lo cual sería imposible la existencia de la sociedad". En el proyecto de Constitución, redactado por una asamblea de 600 ex-senadores y ex-diputados, ya se manifestaba que se pretendía lograr un texto constitucional, en lo que a derechos y libertades se refiere, muy acorde con el espíritu de transacción propio de la Restauración. En efecto, se lee en el preámbulo que se procuraba lograr "una síntesis feliz que armonice el derecho del individuo con el de la sociedad; de lo contrario, habría que sacrificar el principio de autoridad o la libertad del ciudadano. Por fortuna, las sociedades modernas, aleccionadas en la triste experiencia de las luchas revolucionarias, han encontrado solución a tan pavoroso problema, reconociendo la existencia de derechos naturales que no son, sin embargo, absolutos, y negando tal carácter los derechos políticos, que el Estado, como institución social necesaria y permanente, otorga, limita, o modifica según el diverso desarrollo que en cada momento histórico alcanzan las naciones". Como reacción a la concepción del periodo anterior de los derechos y libertades, se afirma también explícitamente: "Presente, muy presente ha tenido el Gobierno al aceptar como suyo el adjunto proyecto

constitucional la situación de España y el desgraciado ensayo que de las libertades absolutas e incondicionales se ha hecho en los últimos tiempos"<sup>343</sup>.

Esta filosofía es la que va a encontrar cabida en la regulación constitucional de los derechos y libertades por la Carta Magna de 1876, filosofía que, por lo demás, encaja a la perfección con el espíritu de transacción propio de la Restauración. En este sentido, resulta muy significativas las siguientes expresiones que pueden encontrarse en el preámbulo del Proyecto de Constitución del Gobierno: "Entre los que proclaman el absolutismo de los derechos individuales y los que someten incondicionalmente el individuo a la tutela absorbente del Estado, hay en verdad antagonismo tan profundo que en vano la razón humana pretenderá borrarlo [...] Es preciso hallar una síntesis feliz que armonice el derecho del individuo con el de la sociedad; de lo contrario, habría que sacrificar el principio de autoridad o la libertad del ciudadano".

Y como Fernández Segado nos recuerda, ese espíritu de transacción, en lo que se refiere al tema que ahora nos interesa, iba "a encontrar su reflejo jurídico-constitucional en el párrafo primero del artículo 14". Este artículo, en efecto, dice: "Las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce, sin menoscabo de los derechos de la Nación, ni de los atributos esenciales del Poder público".

Y este precepto, subraya Fernández Segado, "desde luego, va a estar más cerca de la concepción del liberalismo doctrinario que de la que sustenta el liberalismo radical, pues qué duda cabe que las expresiones "derechos de la Nación" y "atributos esenciales del Poder público" son lo suficientemente vagas y generales como para que, de facto, las leyes de organización y desarrollo de tales derechos puedan prácticamente anular todo límite"<sup>344</sup>. Y si en la primera etapa canovista la legislación en torno a los derechos y libertades fue "sustancialmente restrictiva", "más adelante, durante el gobierno de los liberales de Sagasta, se desarrollaría una legislación que, como Jover pone de relieve, vendrá a instalarse en el surco abierto por los legisladores del Sexenio"<sup>345</sup>. Se promulgan, en esta última etapa, algunas leyes de extraordinaria importancia respecto de la regulación y desarrollo de los derechos y libertades públicas, si bien debe destacarse que los avances que ellas trajeron fueron avances teóricos en muy importante medida, pues su aplicación práctica, por circunstancias muy diversas, no se adaptó siempre al texto de las mismas. Las leyes básicas fueron las siguientes:

- Ley sobre el derecho de reunión, de 15 de junio de 1880, que liberó el derecho de reunión de las arbitrariedades gubernamentales, estableciendo que este derecho podría ejercitarse por los ciudadanos sin más requisito, cuando la reunión fuese pública, que dar conocimiento escrito y firmado, veinticuatro horas antes, al gobernador civil en las

343 Citamos por Gonzalo Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, cit., p. 202.

344 Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 384.

345 Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 385.

capitales de provincia o al alcalde en los demás lugares, indicando el objeto, lugar, día y hora del acto<sup>346</sup>. A la vista de las continuas circulares del Gobierno y de la Fiscalía del Tribunal Supremo, concluye Rojas que "junto al plano de la consagración constitucional y legal del derecho de reunión, va surgiendo otro plano —que en ocasiones es contrapunto del primero— formado precisamente por los instrumentos de la administración y del Poder Judicial. En general, la ley fue respetada en su aplicación, también respecto de reuniones de carácter político. Es digno de destacar, a este respecto, que en las Cortes hubo unas cinco protestas por año por restricciones al derecho de reunión a lo largo de su vigencia. Pero hubo también ciertos casos en que se aplicó la Ley con extrema dureza o, simple y llanamente, se saltó todo el marco legal y se restringió el derecho a voluntad<sup>347</sup>.

- Ley de Imprenta, de 26 de julio de 1883, vigente durante más de 40 años.

- Ley de Asociaciones, de 20 de junio de 1887, que Sagasta había intentado implantar ya en 1881, cuando declaró legales todos los partidos políticos, permitiendo el funcionamiento de las sociedades obreras casi sin trabas. Fue, en su momento, y durante mucho tiempo, la ley de asociaciones más liberal de Europa<sup>348</sup>. Permitió la existencia de sindicatos profesionales que se rigieron por ella —aunque no era una ley sindical específica— durante 45 años, hasta la II República. Para la constitución de una asociación bastaba con el simple registro en el Ministerio de la Gobernación para que la asociación tuviera carácter legal, sin que el poder público pudiera oponerse, salvo que no se cumpliesen los requisitos legales o se tratase de una asociación ilícita según el Código Penal. En este último caso, el Gobernador remitiría los antecedentes al Juzgado competente, pudiendo constituirse o reanudar sus actividades la asociación si a los 20 días la suspensión gubernativa no fuese confirmada por la autoridad judicial. Las autoridades debían dar conocimiento por escrito a las autoridades gubernativas, con 24 horas de antelación, de sus reuniones generales ordinarias. Cuando estas reuniones se verificasen fuera del local de la asociación, en días distintos de los comunicados, referidas a asuntos extraordinarios a sus fines o con asistencia de personas no pertenecientes a la sociedad, quedarían sujetas a la Ley de reuniones públicas. Se facultaba también a la autoridad administrativa para suspender en el acto toda reunión en que se cometiese o acordase cometer algún delito definido por el Código Penal. En lo que a la suspensión se refiere, podía acordarla la autoridad gubernativa sólo si de los acuerdos o de los actos de los miembros de una asociación, como tales, resultasen méritos suficientes para ser reputados ilícitos, o para ser considerados delitos que pudiesen motivar la disolución de la asociación. En tal caso, operaba una garantía judicial, pues la autoridad gubernativa venía obligada a poner en conocimiento de los tribunales, en un plazo de 24 horas, los hechos que

---

346 Miguel Angel González Muñiz, *Constituciones, Cortes y Elecciones...*, cit., p. 200.

347 Gonzalo Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, cit., pp. 294-295.

348 Miguel Angel González Muñiz, *Constituciones, Cortes y Elecciones...*, cit., p. 200.

hubiesen motivado su decisión, de manera que si el juzgado correspondiente no confirmaba la suspensión en un plazo de 20 días, la medida administrativa quedaba sin efecto. Y respecto de la disolución de una asociación, sólo los tribunales podían declararla, a través de la sentencia en que se la reputase ilícita de acuerdo a lo dispuesto por el Código Penal o en la que se dictase sobre los delitos cometidos por los socios gracias a los medios que la asociación les hubiese proporcionado<sup>349</sup>. Toda la ley fue puesta en cuestión por medio de la Circular del Ministro de Gobernación de 6 de abril de 1882, dirigida a los Gobernadores provinciales, circular que hacía en la práctica pasar de un régimen preventivo como el de la Ley a otro represivo, y además de "prevención combativa, inquisitorial, que habría de dificultar notoriamente el ejercicio del derecho de asociación"<sup>350</sup>.

- Ley del Sufragio Universal, de 26 de junio de 1890, que excluía, no obstante, a las mujeres. Pese a todo, no es necesario referirse al caciquismo y la compra-venta de votos en un país pobre y poco ilustrado

## 5.- La Constitución de 1931

La protección jurídica de los derechos y libertades fue una de las preocupaciones que presidió la elaboración de la Constitución republicana de 1931, pues aunque tales derechos habían sido ya consagrados por otras Constituciones, lo cierto es que también, pese a las mismas, habían sido desconocidos y atropellados con frecuencia por el Ejecutivo y otras veces por el propio legislador. Como no podía ser de otro modo, sin embargo, la Constitución republicana también contendrá muchas disposiciones referidas a la reglamentación expresa de los límites admisibles a los derechos hoy llamados fundamentales.

Las libertades de conciencia y religiosa se garantizan "salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública" y se establece que "las manifestaciones públicas de culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno" (artículo 27). La inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio, así como la libertad de movimientos, quedan garantizadas salvo resolución judicial en contrario (artículos 31 y 32), y el registro de papeles y efectos deberá practicarse "a presencia del interesado o de una persona de su familia, y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo".

Garantizaba también la Constitución la libertad de expresión del pensamiento ("valiéndose de cualquier medio de difusión") "sin sujetarse a previa censura", previsión esta última que, interpretada *a contrario sensu*, suponía ya un reconocimiento de la responsabilidad *a posteriori*. Además, partiendo de la admisibilidad constitucional del secuestro de libros y periódicos y de la suspensión de estos últimos, se las sujetaba a ciertas garantías: por un lado, se prescribía que "en ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamiento de juez

349 Gonzalo Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, cit., pp. 239 ss.

350 Citamos por Gonzalo Rojas Sánchez, *Los derechos políticos...*, cit., p. 242.

competente"; y, por otro lado, "no podrá decretarse la suspensión de ningún periódico sino por sentencia firme" (artículo 34). En la sentencia de 2 de junio de 1936, estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales la siguiente doctrina: "La libertad de emisión del pensamiento establecida por el artículo 34 de la Constitución, tiene normalmente, entre otras justas limitaciones, la establecida por el número 7º del artículo 3º de la Ley de 28 de julio de 1933, que reputa en todo caso actos contra el orden público propagar o enaltecer los medios violentos para alterar el orden legalmente establecido, y tal limitación se circunscribe dentro de términos más rigurosos y estrictos, cuando desapareciendo la libertad de expresión por la suspensión de la garantía del mencionado artículo 34, se declara el estado de alarma, conforme a las prescripciones de la Ley, ante una crisis del orden público, durante el cual las extralimitaciones de la palabra representan un mayor peligro para la tranquilidad pública" (Fundamento Legal 1º). Por otro lado, debe recordarse con Fernández Segado que "en ciertos períodos de la vida de la República fueron muy frecuentes las suspensiones de algunos diarios y revistas, y ello sin intervención alguna de la autoridad judicial. La Ley de Defensa de la República, primero, y la aplicación, más tarde, de la Ley de Orden Público, que dio pie a un rosario ininterrumpido de declaraciones de estados excepcionales, convertirían las referidas garantías constitucionales, al menos en ciertos momentos, en puro papel mojado"<sup>351</sup>.

El derecho de petición, individual o colectiva, "no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada" (artículo 35). Se reconoce el derecho de reunirse "pacíficamente y sin armas", debiendo regular una ley especial el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación (artículo 38). Los derechos de asociación y sindicación se reconocen "conforme a las leyes del Estado" y con obligación de inscripción en el "registro público correspondiente, con arreglo a la ley" de las asociaciones y sindicatos (artículo 39); las asociaciones profesionales de funcionarios no podrán implicar injerencias en el servicio público que les está encomendado, y deberán ser reguladas por una ley (artículo 41). En cuanto a la igualdad, derecho excluido del amparo por la Ley pero sobre el que el Tribunal de Garantías se pronunció con ocasión de recursos de inconstitucionalidad<sup>352</sup>, el artículo 2 establece que "todos los españoles son iguales ante la ley"; el artículo 40 dispone la igualdad de acceso, sin distinción de sexo, a los empleos y cargos públicos según el mérito y capacidad de cada uno, "salvo las incompatibilidades que las leyes señalen", reguladas por la Ley de Incompatibilidades de 7 de diciembre de 1934; en materia de sufragio, se consagra la igualdad de sexos respecto de los mayores de 23 años y "conforme determinen las leyes" (artículo 36), precepto de los más

---

351 Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 590.

352 Sentencias de 3 de noviembre de 1934, Fundamento Legal III; votos particulares a las sentencias de 14 de diciembre de 1935 y de 17 de enero de 1936. Su texto y el de las que en adelante se citen se pueden consultar en el interesante libro de Martín Bassols Coma, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, CEC, Madrid, 1981.



apasionadamente discutidos en el momento constituyente.

En lo que a la "Constitución económica" se refiere, la Constitución, influida por la de Weimar, establece un sistema mixto. Por un lado, el artículo 33 reconoce la libertad de elección de profesión, de industria y de comercio, "salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes"<sup>353</sup>, leyes que el Tribunal de Garantías Constitucionales interpretó en diversos amparos, como leyes "parlamentarias", anulando por inconstitucionales diversas limitaciones a esta libertad que se habían encauzado a través de una norma reglamentaria o acto individual y no a través de una ley<sup>354</sup>. En cuanto a la exigencia constitucional de que las limitaciones respondan a un interés general, señala el Tribunal que "sería necesario demostrar, para conseguir la declaración de inconstitucionalidad, que sus preceptos no se inspiraban en dicho interés general", y sin perjuicio de que ello pueda llevar a que bajo ciertos aspectos y en parte puedan resultar favorecidos también ciertos intereses particulares<sup>355</sup>. Y por otro lado, se reconoce el derecho de propiedad y se prohíbe en todo caso la pena de confiscación de bienes, pero se dispone al mismo tiempo que la propiedad "podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social, mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes" y "con los mismos requisitos podrá ser socializada". Además, "los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija"; "el Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la nacionalización de la producción y los intereses de la economía nacional" (párrafo 5º del artículo 44). Y, por último, aunque como encabezamiento del precepto dedicado a la propiedad, con un alcance general, se dispone: "Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes" (artículo 44). Pero si la regulación constitucional de la propiedad suponía una ruptura total con el concepto liberal de la misma, también es

---

353 Esta formulación respondía, según Pérez Serrano, a un criterio liberal, quizá algo superado ya (las circunstancias económicas y sociales como causa, la ley como medio, y el interés general como fin de las limitaciones), y según Royo Villanova, la referencia a las leyes ordinarias viene a esterilizar el precepto constitucional. Fernández Segado, por su parte, entiende que el precepto viene a introducir "una nueva óptica que tiende a casar la mera libertad individual con las exigencias sociales". Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 591.

354 Sentencias de 3 y 9 de julio de 1935, 25 de noviembre de 1935 y de 17 de marzo de 1936. La última de las sentencias citadas dice que la referencia a las leyes "no se refiere a cualquier orden de legalidad, sino al formalmente elaborado bajo tal nombre por el Poder Legislativo, porque en su intervención y acuerdos, apreciando las necesidades sociales, con exclusión de las decisiones del Poder Ejecutivo, radica el sentido de esta garantía y porque tal interpretación queda corroborada por el párrafo quinto del artículo 44 de la Constitución" (que se citará enseguida en el texto).

355 Sentencia de 2 de julio de 1936, Fundamento Legal 3º.



## CAPÍTULO TERCERO DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

### INTRODUCCIÓN

Es preciso comenzar este capítulo poniendo de relieve las diferencias que, según nuestra concepción, existen entre el estudio iusinternacional que se lleva a cabo en el mismo y el estudio iuscomparativo que se emprenderá en el siguiente capítulo. Tales diferencias pueden sintetizarse en las tres siguientes:

a) por lo pronto, mientras en el caso del Derecho Comparado no nos encontramos ante una fuente del ordenamiento, en el caso de los Tratados de Derechos Humanos, y en cuanto los mismos hayan sido suscritos y ratificados por el propio Estado, nos encontramos ante verdaderas normas jurídicas cuyo incumplimiento genera, cuando menos, responsabilidad internacional del Estado. No se trata, por consiguiente, de meros criterios orientativos, como sí ocurre con el Derecho Comparado, y ello por mucha que pueda ser su importancia desde una perspectiva material, especialmente en Europa y en materia de derechos fundamentales. El contraste es, por lo demás, todavía mayor en aquellos sistemas en que es la propia Constitución la que integra en el propio ordenamiento y con rango constitucional a las normas internacionales sobre derechos humanos, o cuando, como ocurre en España, la Constitución ordena que las normas internas, incluida la propia Constitución, se interpreten de acuerdo con dichos instrumentos internacionales<sup>358</sup>.

b) Mientras el Derecho Comparado se caracteriza —incluso cuando la comparación se limita "objetivamente" a aquellos ordenamientos próximos, en cuanto a su regulación de la cuestión de que se trate, al propio— por una cierta heterogeneidad, que muchas veces llega hasta la

---

358 El artículo 10.2 de la Constitución española establece, en efecto, que "las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce serán interpretadas conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Sobre ello, véase Eduardo García de Enterría, "Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol", en el homenaje a Gerard J. Wiarda coordinado por Franz Matscher y Herbert Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988, pp. 221 ss.

más absoluta contraposición de soluciones, ello no ocurre con las normas internacionales de derechos humanos, o al menos ello tiene lugar con una intensidad mínima. El Derecho Comparado no ofrece, de por sí, en la mayor parte de las ocasiones una solución apropiada a las cuestiones que se planteen, sino que suele ofrecer varias y será el examen de unas y otras el que permita a cada intérprete extraer, como consecuencia, la solución que pueda ser más adecuada para el propio sistema interno, solución ésta que muchas veces podrá resultar de la combinación de uno o más modelos comparados.

c) Mientras que el análisis comparativo comprende, o puede al menos comprender, el examen de la jurisprudencia (constitucional, fundamentalmente) de cada país sobre las disposiciones normativas de que se trate, ello no suele ser así con respecto de las normas internacionales en materia de derechos humanos, respecto de las que no suele preverse, ni por consiguiente constituirse, una jurisdicción encargada de llevar a cabo esa tarea. Una excepción a ello viene constituida, en lo que aquí interesa, por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), pues existe jurisprudencia internacional relativamente abundante ya sobre la misma, sentada por los "órganos del Convenio": la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos, siendo especialmente relevante la de este último. Pero incluso entonces, la jurisprudencia internacional presenta toda una serie de particularidades, empezando también por su vinculatoriedad interna, que la diferencian netamente de la jurisprudencia que el Derecho Comparado ofrece.

Aclarado este punto de partida sobre la diferente entidad del estudio iusinternacional y el iuscomparado, entramos ya en el primero. El examen de la cuestión de los límites a los derechos fundamentales en el ámbito internacional se realizará en tres niveles:

(1) En primer lugar, se estudiará, con carácter global, la limitación a los derechos fundamentales en las normas internacionales universales sobre derechos humanos, tratando de formular al respecto algunas reglas de alcance general.

(2) Análisis aparte merecerá la limitación a los derechos fundamentales contenida en el CEDH. Ello se explica por, al menos, dos motivos: 1) Se trata de un instrumento internacional de aplicación no universal, sino regional: países miembros del Consejo de Europa, entre los que se cuenta obviamente España; 2) Sobre todo, se trata de un instrumento internacional caracterizado por la vigencia con relación al mismo de garantías formales de carácter internacional que resultan completamente novedosas, entre las que descuella el funcionamiento efectivo del TEDH, órgano jurisdiccional internacional de carácter independiente que a lo largo ya de varias décadas ha ido sentando una jurisprudencia, hoy ya muy elaborada, de gran importancia. En particular, es copiosa la doctrina de este Tribunal con relación a las limitaciones a los derechos fundamentales, doctrina que ha permitido precisar todavía con mayor exactitud el alcance de las numerosas disposiciones específicas que el CEDH contiene con respecto a los límites a los derechos en él

reconocidos.

(3) En tercer lugar, se examinará la problemática específica que plantea la limitación a los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea, en cuanto que no rige en ella formalmente ningún catálogo de derechos fundamentales ni, menos todavía, existe una regulación expresa de sus limitaciones. Ello no impide, en modo alguno, la vigencia, respecto a los actos institucionales de la Unión Europea —pero como veremos no únicamente respecto de ellos—, de una verdadera tabla de derechos fundamentales ni tampoco, lógicamente, la existencia de límites admisibles a los mismos. Pero la relativa indeterminación, y consiguiente inseguridad jurídica (hay que destacarlo ya), respecto del catálogo de derechos fundamentales vigente se torna mayor, como podrá fácilmente imaginarse, respecto de las limitaciones lícitas, en términos de Derecho Comunitario, a los mismos, pese a lo cual tratará de exponerse el estado de la cuestión en el momento actual, con particular referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de especial importancia al respecto, pues en torno a ella ha de girar, de modo inevitable, al día de hoy, cualquier construcción doctrinal o dogmática en este terreno. Se harán también algunas reflexiones sobre los progresos previsibles en la materia, y también sobre los deseables, con referencia particular a la cuestión de la elaboración de una Constitución comunitaria.

## **SECCIÓN PRIMERA: LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

### **I.- TÉCNICAS NORMATIVAS DE LIMITACIÓN**

La finalidad esencial de la existencia de las Declaraciones y Convenios internacionales sobre derechos humanos no es otra que la de lograr establecer un *estándar* mínimo para la protección de los derechos humanos bien sea a escala mundial, bien sea sólo a escala regional en una determinada zona del planeta, de forma que a ese contenido mínimo protegido no le afecten ni las distintas regulaciones de Derecho positivo, ni menos todavía las diversas concepciones del hombre, que puedan existir en los distintos países.

La delimitación exacta de ese *estándar* mínimo común a través de instrumentos legales de carácter internacional puede, en principio, lograrse a través de dos "técnicas": a) El establecimiento, junto a los derechos humanos que puedan enunciarse, de unos deberes básicos del individuo, de forma que se traben entre esos derechos y esos deberes una suerte de relación sinalagmática. Resultaría, así, que la posición jurídica subjetiva del individuo protegida y amparada por el ordenamiento internacional sería el resultado de la conjunción y coordinación del derecho de que se trate con los deberes que atañen a todos los hombres, para lo que resulta ineludible una ponderación. Esta "técnica" fue, en lo esencial, la intentada por la Declaración americana de derechos y deberes del hombre de 1948, cuyo Preámbulo expresaba con meridiana claridad la filosofía a

que respondía dicha "técnica": "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda la actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad". Ahora bien, esta Declaración Americana contenía también, en su artículo 28, una cláusula general limitativa de los derechos reconocidos, a la que enseguida se aludirá; b) Una segunda "técnica" consistiría en definir un contenido más o menos preciso del derecho humano de que se trate y, a continuación, determinar los límites admisibles a ese contenido positivo inicial, de forma que a la delimitación positiva del contenido del derecho, debe añadirse la delimitación negativa del mismo, de lo que resultará el contenido garantizado. Resulta así que precisar los límites a un derecho es tanto como delimitarlo negativamente y sólo la conjunción de esa delimitación positiva y la negativa de un derecho permite determinar su concreto contenido. Esta técnica es la utilizada por los restantes documentos internacionales, siendo de destacar que la Convención americana de derechos humanos de 1969 abandonó la técnica utilizada por la anterior Declaración americana de derechos y deberes del hombre de 1948 y no tiene, por ello, un catálogo específico de deberes del hombre, pero sí cláusulas específicas de limitación de los derechos reconocidos en la propia Convención.

Esta última técnica se ha revelado como superior pues la mera yuxtaposición de un catálogo de derechos humanos y un catálogo de deberes básicos no resuelve la cuestión del contenido reconocido de esos derechos y, por consiguiente, del ámbito protegido de cada derecho, sino que, en último término, deja la resolución de esa cuestión a los órganos que tengan que aplicar los textos mencionados, que habrán inexcusablemente de acudir a una ponderación, para realizar la cual gozarán de una gran libertad. Esta mayor inseguridad jurídica a que indiscutiblemente da lugar la primera de las técnicas limitadoras estudiadas resulta o puede al menos resultar, si no por completo eliminada, sí aminorada hasta márgenes más o menos razonables de discrecionalidad por medio de la segunda de las técnicas aludidas. Es cierto que tampoco en este último caso se logra que en la propia norma se establezca con toda exactitud el contenido justo de cada derecho pues ello sería una meta inalcanzable (aparte de indeseable), pero al menos sí se permite que en las propias normas se establezca un contenido aproximado, con una precisión y una predictibilidad razonables, de los derechos reconocidos.

Compartimos, en este sentido, la opinión de Partsch de que, "bajo todos los aspectos, parece preferible adoptar a una técnica diferente de diseño legislativo y reconciliar los derechos y los deberes por medio de una concreta definición de la limitación legítima a cada derecho fundamental"<sup>359</sup>. Ello es lo que explica que, al día de hoy, y ciñéndonos al ámbito supranacional, todos los documentos internacionales en vigor sobre

---

359 Karl Josef Partsch, "The contribution of universal international instruments on human rights", en Armand de Mestral (ed.), *The limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Yvon Blais, Québec, 1986, p. 67.

derechos humanos utilicen esta técnica y no la de fijar, sin más, un catálogo de deberes básicos del hombre que haya de coordinarse con el catálogo de derechos humanos, técnica hoy abandonada por completo.

Ahora bien, esta técnica general consistente en la delimitación negativa y directa —y no indirecta (por medio del establecimiento de deberes) ni meramente positiva (exclusiva fijación del contenido del derecho garantizado, sin fijación de límites determinados)— presenta diversas modalidades que aparecen combinadas de diferente forma en los documentos internacionales. Un estudio de conjunto permite distinguir dos modalidades fundamentales:

a) De un lado, puede acudirse a una cláusula limitativa genérica<sup>360</sup> para todos los derechos. Es ésta la técnica seguida por la DUDH, cuyo artículo 29 no sólo establece que "toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad", sino que contiene, además, una previsión aún más específica, como es la siguiente: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática"<sup>361</sup>.

---

360 No debe confundirse esta cláusula limitativa genérica con otras cláusulas también genéricas, contenidas en algunos Instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sobre los límites de los límites: estas últimas no son cláusulas limitativas o habilitadoras de limitaciones a los derechos reconocidos sino que, justamente todo lo contrario, marcan límites genéricos a toda limitación. Aquí se incluyen, desde luego, las cláusulas prohibitivas de la destrucción o supresión de cualquiera de los derechos o libertades enunciados (artículo 30 DUDH, 5.1 PIDCP) pero también, según Partsch ("The contribution of...", cit., p. 68), las cláusulas de no discriminación. No creemos, sin embargo, que en este último supuesto nos encontremos ante una cláusula de los límites a los límites pues el principio de no discriminación no es una barrera específica para toda limitación a los derechos reconocidos, sino que es un principio que veta toda discriminación pues toda medida que establezca una discriminación no razonable y, por ello, no justificada supondrá un límite ilegítimo al derecho a la igualdad, tanto si esa medida limita un derecho o no lo hace. La igualdad tiene, pues, autonomía como derecho fundamental propio, aunque sea un derecho relacional.

361 Como nos dice Partsch, en el PIDCP esta fórmula de la "sociedad democrática" ha sido reservada para las libertades de reunión (artículo 21) y de asociación (artículo 22), estrechamente ligadas ambas a la formación de la voluntad política de la comunidad. En el ámbito internacional, esta cláusula general de limitación se refiere a los comunes elementos en todos los tipos de democracia, indiferentemente de la posición de cada Estado con respecto a valores constitucionales como el "Estado de Derecho". Karl Josef Partsch, "The contribution of...", cit., p. 69. Por lo demás, ya la DADDH (1948) contenía, junto a sus catálogos de derechos y deberes del hombre, una cláusula genérica de limitación a los derechos por ella reconocidos: "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático", pero, a diferencia de la DUDH, en la DADDH no se preveía ningún límite específico para ninguno de los concretos derechos reconocidos, si bien, como ya se ha señalado, el catálogo de deberes habría de llevar, en una interpretación sistemática

b) Pueden, también, establecerse limitaciones *específicas para cada uno de los derechos humanos garantizados*. Esta es la técnica seguida por el PIDCP<sup>362</sup>.

## II.- COORDINACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS INTERNACIONAL E INTERNO EN CUANTO A LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Un primer problema que se plantea con relación a la regulación en textos internacionales de los límites a los derechos fundamentales viene

---

del conjunto del texto normativo, a una ponderación integradora entre los derechos y los deberes que habría de hacer funcionar a estos últimos como límites a los primeros en ciertos casos. Sea dicho esto último, como se comprenderá fácilmente, en un plano casi exclusivamente teórico pues no había ninguna instancia internacional encargada de la interpretación y garantía de tal Texto internacional.

362 Así, su artículo 9 reconoce el derecho de todo individuo a la libertad, sin que pueda ser privado de ella "salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta", admitiendo además la prisión preventiva; y el 18.3 preceptúa que "la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás". Y el artículo 19.3 establece que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión "entraña deberes y responsabilidades especiales" y "por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Los artículos 21 y 22 PIDCP establecen que el derecho de reunión (pacífica) y el de asociación, respectivamente, podrán estar sujetos en su ejercicio "a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás". Y la libertad de circulación y residencia, y para salir libremente de cualquier país, queda sujeta a las restricciones "previstas en la ley" y que "sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto". No obstante, son mayoría los derechos garantizados por el PIDCP cuyo reconocimiento no va acompañado de la fijación diáfana de unos límites concretos y determinados, específicos para cada derecho, lo cual no quiere en modo alguno decir que no se admitan limitaciones a esos derechos. Lejos de ello, una lectura cuidadosa de este Texto internacional revela que en su propio tenor literal se contemplan limitaciones para tales derechos: Así, con relación al derecho más capital de todos, el derecho a la vida, se dice que nadie podrá ser privado de la vida "arbitrariamente" (art. 6), con lo cual se deja un margen para privar de la vida de modo "no arbitrario", como la legítima defensa, pero también la pena de muerte, que el propio precepto, al regularla después restrictivamente, admite de modo implícito; el derecho a no ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio conoce excepciones; El derecho a la libertad y seguridad —esto es, a la libertad física— prohíbe "la detención o prisión arbitrarias", pero no la privación de libertad "por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido por esta", con lo que se admite cualquier detención o ingreso en prisión establecida por la ley y con arreglo al procedimiento legal y que no sea arbitraria ni en sí, ni en cuanto a su procedimiento, etc.



determinado por el supuesto de que el contenido asegurado por las normas internacionales a un determinado derecho fundamental sea más amplio o, por el contrario, más estrecho que el contenido garantizado por las propias normas nacionales. Habría aquí que diferenciar dos hipótesis<sup>363</sup>.

a) Si los Convenios internacionales reconocen derechos no garantizados en el ordenamiento nacional o los reconocen con un contenido más amplio. En la medida en que el Estado, al firmar el Convenio, ha quedado vinculado en términos de Derecho Internacional, ese derecho reconocido a nivel internacional y no a nivel interno, o reconocido a nivel internacional con un contenido más amplio que en la esfera doméstica, se impone, a falta de reserva o de que el propio Convenio prevea otra cosa, con el contenido y el alcance que tenga en su regulación internacional, a cualquier normativa nacional que no lo reconozca como tal derecho o lo haga en un sentido más estrecho. De no ser así, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional por incumplimiento de sus obligaciones iusinternacionales, sin perjuicio de otras consecuencias internacionales.

En el caso del CEDH, una vez que el TEDH declare que una determinada medida limitadora de un derecho fundamental es ilegítima, el Estado demandado deberá conformarse con la decisión del Tribunal, si bien el artículo 50 CEDH establece: "Si la decisión del Tribunal declara que una decisión tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el Derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta decisión o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, a la parte lesionada una satisfacción equitativa"<sup>364</sup>.

b) Si los Convenios internacionales no reconocen un derecho garantizado en el ordenamiento interno o lo garantizan sólo con un

---

363 En el caso de los países miembros de la Unión Europea, la problemática resulta más compleja, como luego veremos.

364 Según nuestro TC, en cualquier caso, "de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí los actos, en este caso sentencias, declarados contrarios al Convenio". El Convenio no obliga a dar efecto interno anulatorio a las sentencias del TEDH, aunque ello no significa que "los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, por medio de la denegación de nulidad y la anulación de la suspensión de las condenas dictadas por la Audiencia Nacional, de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes". Además, entiende el TC que, una vez declarada por STEDH una violación de un derecho reconocido por el Convenio, "que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno". STC 245/1991, de 16 de diciembre, FFJJ 2º-3º.

contenido menos amplio. En este caso, parece que la regla a seguir es la de que: a) por un lado, el no reconocimiento por un Tratado Internacional de un derecho no obsta a su reconocimiento y eficacia como tal en el ordenamiento interno, ya sea como derecho humano o fundamental, ya sea como derecho sin ese carácter; y b) de otro lado, no resulta admisible ninguna restricción a un derecho fundamental con fundamento exclusivo en un Convenio internacional de derechos humanos, pues estos Convenios no podrán utilizarse para amparar limitaciones a los derechos fundamentales que no existan en el ordenamiento interno: los límites previstos en los Tratados internacionales son límites facultativos, meras habilitaciones para que se establezcan límites en los respectivos ordenamientos nacionales.

Ha de entenderse, así pues, que las normas internacionales establecen un estándar mínimo y, por ello mismo, de un lado, no obstan al reconocimiento a nivel interno de un *estándar* superior (catálogos más amplios de derechos fundamentales, en cuanto a su número y/o en cuanto a su alcance). Es decir, los Tratados levantan unas barreras a las limitaciones a los derechos fundamentales de forma tal que, desde la perspectiva de dichos Tratados, no serán admisibles límites a tales derechos que no encuentren amparo en alguna de sus disposiciones, pero sin que la previsión de límites en dichos convenios para los distintos derechos suponga la vigencia inmediata de tales límites en todos los países firmantes del Tratado. Esos límites previstos en las normas internacionales son, pues, meras habilitaciones para limitar los derechos fundamentales en el ámbito interno, marcando al unísono barreras infranqueables a las limitaciones, y deberá ser cada ordenamiento interno el que, dentro de las muy diversas posibilidades limitadoras que dichos convenios internacionales permiten, concrete los límites que existen para los diversos derechos fundamentales en el país de que se trate.

Esta es, de algún modo, la solución que consagran expresamente los Pactos gemelos pues tanto el artículo 5.2 PIDCP como el mismo número de precepto del PIDESC establecen, en efecto, lo que sigue: "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado"<sup>365</sup>. Y en cuanto al CEDH, su artículo 60 establece: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte".

Debe decirse, no obstante, que la problemática se planteará de un modo bien diferente cuando el propio ordenamiento interno establezca otra cosa mediante una cláusula —genérica para todos los derechos o específica para alguno de ellos en particular— de remisión a los límites

---

365 El carácter facultativo de las restricciones previstas en la CEDH también ha sido reconocido por el TEDH. Así, STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §57.

previstos en el ordenamiento internacional o en alguna concreta norma internacional para los derechos humanos. Baste aquí con señalar que ése no es el caso español.

### **III.- LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

#### **1.- La regulación positiva de los límites a los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos**

Como nos dice Beddard, "las cláusulas limitativas están allí [en la CEDH], en primer lugar, para proteger a la propia Convención. Los derechos no son absolutos y pretender que lo fuesen conduciría, en un muy breve lapso de tiempo, a que la Convención fuese utilizada para socavar los propios derechos que pretende proteger"<sup>366</sup>. Veamos ahora la regulación positiva de las limitaciones a los derechos fundamentales en el CEDH:

a) Respecto del derecho a la vida, se admite la pena de muerte, así como la muerte que se produzca a consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario "para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal"; o "para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida ilegalmente"; o "para reprimir, de conformidad con la ley, una revuelta o una insurrección" (artículo 2).

b) Y respecto de la prohibición de trabajos forzados, no rige la misma respecto de los condenados a pena de prisión o los que se hallen en libertad condicional; ni respecto del servicio militar o servicio sustitutorio del militar; ni respecto de los servicios exigidos por emergencias o calamidades que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; ni tampoco, en fin, respecto de los trabajos o servicios que formen "parte de las obligaciones cívicas normales" (artículo 4).

c) Respecto de la libertad física, se admite que se prive a una persona de la misma en determinados supuestos, siempre "con arreglo al procedimiento determinado por la ley": "a) si es detenida legalmente, tras la condena por un tribunal competente; b) si ha sido encarcelada o detenida legalmente por desobediencia a una orden dada, conforme a la ley, por un tribunal, o para garantizar la ejecución de una obligación prescrita por la ley"; c) si ha sido detenida y encarcelada a fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan razones plausibles para sospechar que ha cometido una infracción, o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) si se trata del internamiento legal de un menor, ordenado para velar por su educación, o de su detención legal con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) si se trata de la detención legal de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado mental, un

---

366 Ralph Beddard, *Human Rights and Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 180.

alcohólico, un toxicómano o un vagabundo; f) si se trata del arresto o la detención legal de una persona para impedirle la entrada irregular en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición" (artículo 5).

d) Y también con relación a la publicidad de las sesiones judiciales se prevén restricciones "en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática"; "cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso lo exijan"; o, por último, "en la medida juzgada estrictamente necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia" (artículo 6).

e) Y los derechos al respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia también aparecen sujetos, en su ejercicio, a las injerencias de la autoridad pública que se hallen debidamente previstas por la ley y constituyan, además, "una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás" (artículo 8).

f) La libertad de manifestar la religión o convicciones se sujeta igualmente a las restricciones "previstas por la ley" y que constituyan también medidas necesarias, "en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás" (artículo 9).

g) Y en cuanto a la libertad de expresión: a) los Estados pueden someter a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión "a un régimen de autorización previa" (artículo 10.1); b) su ejercicio, en todo caso, "puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la fama o de los derechos del otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial" (artículo 10); c) no se prohíbe por medio de esta libertad a los Estados que establezcan restricciones a la actividad política de los extranjeros (artículo 16).

h) Las libertades de reunión, asociación y sindicación se someten a las restricciones que "previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás", así como a las "restricciones legítimas" que puedan imponerse a "los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía,

o de la Administración del Estado" (artículo 11). Estas libertades no impiden tampoco a los Estados establecer restricciones a la actividad política de los extranjeros (artículo 16).

i) El derecho al matrimonio sólo se proclama respecto del hombre y la mujer "a partir de la edad núbil" y su ejercicio se sujeta, además, a las leyes nacionales que lo rijan (artículo 12)<sup>367</sup>.

j) El derecho a la igualdad del artículo 14 no impide a los Estados establecer restricciones a la actividad política de los extranjeros (artículo 16), pero sobre todo supone el reconocimiento de un derecho fundamental con una estructura especial que encierra en sí la posibilidad de establecer restricciones al mismo, como se ha visto ya con carácter general en el capítulo anterior.

k) El derecho a la propiedad, reconocido en el Protocolo número 1, está sujeto a la posibilidad de privación de la propiedad "por razón de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional", además de que se legitima a los Estados para "poner en vigor las leyes que estimen necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general o para asegurar el pago de los impuestos o de otras contribuciones o de multas". En cualquier caso, España ha formulado reserva a la aplicación de estas disposiciones a la luz del artículo 33 CE.

l) La libertad de circulación, reconocida en el Protocolo número 4 (no ratificado por España), se sujeta a "las restricciones previstas por la ley, en una sociedad democrática, que constituyan medidas necesarias para la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención de las infracciones penales, o la protección de los derechos y libertades de los demás", pudiendo los derechos en cuestión "ser objeto asimismo, en zonas determinadas, de restricciones previstas por la ley que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática".

Hecha esta exposición sucinta de la regulación expresa de las limitaciones a los derechos en el CEDH, se tratará en lo sucesivo de precisar cómo han venido operando esas limitaciones normativas a las libertades en la interpretación que de las mismas ha dado el TEDH, esto es, los principios estructuradores de la limitación a los derechos fundamentales tal y como aparecen regulados en el Convenio y han sido interpretados y, a veces, desarrollados por el TEDH en una muy copiosa jurisprudencia y que le ha permitido someter a un control eficaz a las intervenciones estatales en los derechos del Convenio<sup>368</sup>. Y también

---

367 Sobre la aplicación a las intervenciones en este derecho de la garantía del contenido esencial y del principio de proporcionalidad para que sean limitaciones legítimas, véase Jérôme Sohier, "La législation belge sur le divorce face à l'article 12 de la Convention Européenne: vers la reconnaissance d'un 'droit au remariage' sans restrictions disproportionnées?", en *Presence du Droit Public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Tomo III, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1992, pp. 1731 ss.

368 Así, Karl-Peter Sommermann, *Der Schutz der Menschenrechte im Rahmen des Europarates*, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1990, p. 8. No se hará aquí una comparación de la

veremos cómo, en relación a algún otro derecho reconocido sin previsión expresa de límites, el TEDH ha venido a aceptar, de un modo no siempre explícito, la posibilidad de esos límites en determinadas condiciones.

## 2.- Los límites a los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Lo primero que debe destacarse es la ausencia de toda dogmática acerca de los derechos reconocidos por el CEDH, sin que para esa tarea sirva la propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, pues se caracteriza ésta patentemente por su orientación al caso concreto, esto es, por su profundo casuismo<sup>369</sup>, hasta el extremo de que, en algunas ocasiones, las decisiones del TEDH sólo dan lugar a inmediatas "rectificaciones" legislativas en el Estado directamente afectado por el procedimiento ante el TEDH, pero no en otros que cuenten con regulaciones legales idénticas o muy semejantes a la del Estado condenado<sup>370</sup>. Y, como Bleckmann ha puesto de relieve, este casuismo no ha sido tampoco remediado por la doctrina, que se limita en general a listar y reproducir la jurisprudencia de los órganos del Convenio, sin tratar de crear una cierta teoría general<sup>371</sup>. Partiendo de las indudables limitaciones

---

jurisprudencia del TEDH con la de otros Tribunales, pero debe destacarse el fuerte influjo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo USA, especialmente con relación a la libertad de expresión (literal en conceptos como los de "strict scrutiny", "compelling state interest", "preferred position", "presumption of constitutionality", un "balancing of interests" "principled" frente a otro "ad hoc"), pero también del TCFA.

369 Ello, en realidad, es una característica predicable de casi todos los Tribunales Constitucionales en Europa, pero no quizás con tanta intensidad y claridad como en el caso del TEDH. Y este casuismo no es sólo consecuencia sobre el rechazo por el TEDH, aunque no sin ciertas excepciones, a decidir en abstracto sobre la legislación de los Estados miembros. Este puede ser un factor coadyuvante, pero desde luego no el decisivo.

370 Así por ejemplo, el TEDH declaró como contrario al Convenio (artículo 6.3.e) que se cargue al procesado que resulte condenado con la carga del pago de los honorarios de intérprete y ello dio lugar a una modificación legal inmediata sólo en el país directamente afectado (Alemania), aunque en otros países también había normas semejantes a la alemana afectada. Jochen Frowein, Stephen Shulhofer and Martin Shapiro, "The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration", en Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph Weiter, *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, vol. 1 (*Methods, Tools and Institutions*), libro 3 (*Forces and Potential for a European Identity*), Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1986, p. 244. Y es que el artículo 53 CEDH establece que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte". Como dice nuestro TC, las decisiones del TEDH son obligatorias y vinculantes para nuestro Estado sólo "cuando sea Estado demandado": STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 3.

371 Ello ha sido puesto de relieve, entre otros, por Albert Bleckmann, *Theorie der Grundrechte der Europäischen Gemeinschaften und der nationalen Rechtsordnungen, insbesondere des Grundgesetzes: Vergleich und Diskrepanz*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, núm. 188, 1989, pp. 3-5. Este autor entiende que la construcción de una teoría general es ya posible, para lo que habría de partirse, fundamentalmente, de la teoría alemana y suiza de los derechos fundamentales, que

que ello conlleva, tratará aquí de construirse una cierta teoría general de las limitaciones a los derechos del CEDH, para lo cual, como no puede ser de otro modo, se utilizará básicamente la jurisprudencia del TEDH. Para ello, se tratará de llevar a cabo una sistematización general de la doctrina de dicho órgano jurisdiccional<sup>372</sup>.

### **A) Reglas generales interpretativas de los límites a los derechos fundamentales**

1.- El artículo 18 CEDH establece, con carácter general y de manera expresa, una importante regla hermenéutica en el sistema del CEDH y que es la que sigue: "las restricciones que, en los términos de la presente Convención, se pongan a los citados derechos y libertades no pueden ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas". Dicha regla se combina y complementa con otra, con la que ha de tener un juego conjunto, formulada en el artículo 17: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a *restricciones más amplias* de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo" (*cursiva nuestra*).

Nos encontramos ante dos reglas generales que han de presidir toda interpretación y aplicación del entero régimen normativo del CEDH sobre los derechos fundamentales y, en concreto, sobre sus limitaciones:

(1) El artículo 18 no implica que sólo sean admisibles limitaciones a los derechos fundamentales que aparezcan expresamente previstas en el propio CEDH. A nuestro juicio, dicho artículo se refiere exclusivamente a los derechos para los que hay en el Convenio limitaciones expresas, esto es, a los derechos con relación a los cuales haya "previstas" "restricciones" ("restricciones [...] previstas") y restricciones "previstas" además sólo para determinadas finalidades. Tales derechos sólo podrán ser limitados para alguna de las finalidades establecidas en el propio Convenio.

Pero ello no impide admitir también restricciones con relación, en primer lugar, a los llamados derechos implícitos, no explicitados en el texto del Convenio, pero que se deducen del mismo; ni tampoco obsta a la

proporcionarían las cuestiones a tratar y el método a utilizar. En ello se basa para llevar a cabo el estudio teórico-general en que consiste su citado trabajo, en el que, sin embargo, apenas es abordada la cuestión de los límites a los derechos.

372 Somos conscientes de los riesgos que ello lleva consigo, especialmente atendiendo al casuismo de la jurisprudencia del TEDH que hace que muchos de los principios por él sentados tengan una explicación debida en buena medida a las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, a partir de la exposición y valoración de dichas circunstancias por el TEDH (que suelen ser explicitadas), se tratará de exponer también con un carácter más o menos general los elementos valorados o tenidos en cuenta por el TEDH a la hora de sentar una determinada doctrina jurisprudencial, a fin de que la misma no resulte, de un modo u otro, tergiversada.

admisibilidad de limitaciones a los derechos reconocidos en el Convenio pero sin "restricciones [...] previstas" de un modo expreso por el Convenio, si bien dichas limitaciones deberán pasar todas las pruebas o tests exigibles a una injerencia en un derecho del Convenio para ser legítimas y en concreto deberán estar previstas por la ley, perseguir una finalidad legítima y ser proporcionales (para lo cual habrán de estar justificadas por la protección de otros derechos o valores protegidos por el Convenio).

No creemos que la interpretación aquí sugerida sea contraria a la jurisprudencia del TEDH, por más que éste no se haya pronunciado sobre estas cuestiones con la claridad que sería deseable. Lo que sí es claro es que el TEDH ha admitido limitaciones no previstas de modo expreso en el Convenio en lo que a los derechos implícitos, por él reconocidos (derecho de acceso a un tribunal, muy significativamente), se refiere. Y con relación a los derechos expresos en el Convenio pero sin regulación específica de sus limitaciones (finalidades legítimas especialmente), desde luego el TEDH admite limitaciones al principio de igualdad del artículo 14 aunque no las llame así, o con relación al derecho al matrimonio y a fundar una familia del artículo 12, pese a que dicho artículo no prevé, en rigor, ninguna limitación en concreto sino que se remite a la ley en general ("derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho"). Así tendremos ocasión de constatarlo a lo largo de las siguientes páginas.

(2) Las limitaciones expresas en el Convenio sólo podrán aplicarse, además, sin exceder la propia amplitud prevista por el CEDH, con lo cual el alcance de dichas medidas limitadoras previsto en el Convenio es un alcance máximo, nunca mínimo.

(3) Las limitaciones expresas en el CEDH han de aplicarse, además, con alguna de las finalidades que el propio CEDH señale, esto es, no puede aplicarse una limitación expresamente prevista en el Convenio para un derecho fundamental con finalidad distinta de aquella con la que se ha previsto la limitación misma, finalidad que habrá de averiguarse en cada caso, sobre todo si no fuese explicitada en el propio Convenio (prohibición de finalidades inmanentes).

El problema que inmediatamente se plantea es el de las condiciones de admisibilidad de las restricciones a los derechos implícitos, así como a los derechos explícitos en el CEDH pero sin regulación expresa de sus limitaciones. Es claro que una admisión incondicional vendría a vaciar a dichos derechos y por ello simplemente tal interpretación tiene que ser de plano desechada. En realidad, las condiciones para admitir limitaciones "implícitas" con respecto a tales derechos habrán de ser, a nuestro juicio, las condiciones generales que se exigen para todas las limitaciones expresas (previsión legal, necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad), debiendo la finalidad justificadora de la medida limitadora ser una finalidad legítima en una interpretación global de cada derecho. Ello es lo que en realidad ha venido a admitir el TEDH con respecto al derecho a la no discriminación con toda claridad, pese a que no hable expresamente de limitaciones, así como con relación al derecho al



matrimonio. Volveremos sobre todo ello al hablar de los límites "implícitos".

2.- A nuestro modo de ver, otra norma interpretativa de alcance general que puede encontrarse en la jurisprudencia del TEDH —derivación en realidad, por no decir que una clara manifestación, de la regla anterior— es la que se refiere a que las limitaciones a los derechos fundamentales contempladas por el propio Convenio, en cuanto que constituyen una excepción a un derecho garantizado, exigen ser interpretadas estrictamente (principio *favor libertatis*)<sup>373</sup>. Ello no quiere decir simplemente que las limitaciones no puedan ir más allá de lo previsto en el CEDH, sino que ante la duda en la interpretación que no se pueda resolver con arreglo a los criterios hermenéuticos ordinarios, existe en esta materia una regla especial que obliga a una interpretación estricta, esto es, restrictiva de los límites a los derechos fundamentales y, por consiguiente, favorable a la libertad en general y a cada derecho o libertad en particular, facilitando así que estos puedan desplegar al máximo toda su virtualidad. Se trata, en suma, de concebir la relación entre los derechos y sus límites conforme al esquema regla-excepción y derivar de ello una interpretación favorable siempre a la regla y restrictiva de las excepciones, aunque, naturalmente, esta regla presupone la existencia de una *res dubia*.

3.- Los límites del Convenio a los derechos fundamentales son límites consentidos o permitidos, pero no exigidos por dicho instrumento internacional. Dicho con otras palabras, los límites a los derechos fundamentales contemplados por el Convenio con relación a cada derecho en particular no son, en modo alguno, límites obligatorios para los Estados contratantes, ni siquiera después de reconocer a cada Estado un "margen de apreciación" con respecto a los mismos: los límites del Convenio marcan sólo una barrera infranqueable a las limitaciones que, para cada derecho fundamental, puedan prever los diversos ordenamientos internos. Pero los Estados son libres no sólo para concretar, dentro de ciertos márgenes, cada uno de esos límites en su propia esfera, sino también incluso para no imponer alguno de los límites previstos por el Convenio<sup>374</sup>.

373 STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klaas y otros*), §42; STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*): "Los artículos del Convenio que establecen una excepción a un derecho garantizado deben ser interpretados restrictivamente" (§97).

374 En el caso *Handyside*, sentará el Tribunal, en efecto, la doctrina a que venimos refiriéndonos en los siguientes términos: "Especialmente no se debe olvidar que el Convenio, y en particular, su artículo 60, jamás obliga a los órganos de los Estados contratantes a limitar los derechos y libertades garantizados por él. Especialmente, el artículo 10.2 [que contempla ciertos límites para la libertad de expresión] no les obliga en ningún caso a imponer restricciones o sanciones en materia de libertad de expresión; tampoco les impide no hacerlos valer (comparar las palabras 'puede ser sometido')", aunque estén previstos (en el caso concreto, no actuar contra un libro "inmoral" y su editor a la luz de la legislación aplicable). El hecho de que hayan aparecido y circulado libremente en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa traducciones de un libro de texto que ha sido objeto, en otro país del Consejo (Reino Unido), de secuestro seguido de confiscación y destrucción de la matriz y de cientos de ejemplares, con condena penal al editor, no implica la ilegitimidad de estas últimas medidas. Y ello es así en razón del margen nacional de apreciación y del "carácter facultativo" de las restricciones contempladas por el Convenio: "Cada uno de los Estados ha fijado su

Por último, es de destacar que el artículo 16 CEDH establece que los artículos 10 (libertad de expresión), 11 (libertades de reunión y asociación) y 14 (igualdad) no impedirán a los Estados parte imponer restricciones a las "actividades políticas de los extranjeros", lo que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el asunto *Piermont v. France* (1995), al considerar por primera vez frontalmente este precepto, interpretó como referido exclusivamente a las actividades de carácter político, señalando al unísono que el artículo 16 responde a una visión superada de los derechos de los extranjeros.

## **B) El examen de la legitimidad de las intervenciones en los derechos fundamentales**

El examen atento de la jurisprudencia del TEDH permite descubrir un cierto "método" o "metodología" para el análisis de los límites a los derechos fundamentales. Este método no se aplica en todos los casos, al menos explícitamente, ni con la misma claridad, pero sí que es un método general de examen de la cuestión. Se trata de un método escalonado que tiene una sólida base en el propio Convenio, especialmente en los artículos 8 a 11, pero que responde además a una técnica jurídica más general, utilizada en sus rasgos globales en numerosos países, que parte de una concepción de la relación entre el derecho fundamental y sus límites según el esquema, válido en tantos ámbitos jurídicos, "regla-excepción".

A nuestro modo de ver, la utilización sistemática de este método —sobre el que sorprendentemente apenas se ha reflexionado en la doctrina— es positiva pues responde a una cierta disciplina que redundaría en una mayor claridad, así como en una mayor seguridad jurídica. Por ello, entendemos que debe utilizarse de modo más generalizado este método, y además utilizarlo con un carácter lo más explícito posible, sin perjuicio de que con relación a algún derecho particular, en razón de su propio contenido y estructura, no pueda resultar adecuado en su integridad (artículos 3, 4, 6 CEDH), pero sí en ciertos aspectos. Digamos, además, que no en todos los casos ha aplicado este método de examen el Tribunal con la claridad y acierto deseables<sup>375</sup>. La conveniencia de su utilización explícita y transparente es tanto mayor cuanto menos consenso exista en el seno del Tribunal (o la Comisión). Este método puede ser caracterizado por medio de su división en tres fases o momentos, que serían los siguientes:

---

actitud a la luz de la situación existente en su respectivos territorios. Han tenido en cuenta especialmente los diferentes modos en que se conciben las exigencias de la protección de la moral en una sociedad democrática. Si la mayor parte de ellos han resuelto dejar una libre difusión de la obra, no significa que la opción contraria", adoptada por otro Estado, suponga una infracción del derecho fundamental a la libertad de expresión que el Convenio reconoce. STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §57.

<sup>375</sup> No existe dicha claridad, por ejemplo, en STEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees*), §§38 ss.

1.- Encaje del asunto *sub iudice* en el "tipo" de un derecho fundamental. En primer término, determina el Tribunal si el asunto de que se va a conocer es encuadrable en alguno de los derechos del CEDH: se trata, pues, de determinar si el asunto en cuestión encaja en el que llamamos "tipo" o "supuesto de hecho" del derecho fundamental, esto es, en el ámbito o contenido *prima facie* protegido del derecho fundamental (antes de cualquier limitación).

Por ejemplo, se trata de determinar: a) si una determinada conducta tuvo lugar en el "domicilio" de una persona, con relación al derecho al respeto del domicilio<sup>376</sup>; b) o si una conversación telefónica está incluida dentro de los conceptos de "vida privada" y "correspondencia" del artículo 8, como el TEDH ha estimado efectivamente<sup>377</sup>; c) o si la clientela de unos contables encaja dentro del supuesto de hecho del derecho de propiedad<sup>378</sup>; d) o si una obligación legal de adherirse a una asociación o a un sindicato es un asunto a tratar con relación a la libertad de asociación y sindicación, por comprender esta libertad también "de manera implícita un 'derecho negativo' de no ser obligado a afiliarse a una asociación o a un sindicato"<sup>379</sup>; e) o si se comprende dentro de la libertad sindical un asunto relativo una huelga, por ser el derecho de huelga un derecho implícito a aquella libertad<sup>380</sup>; f) o, en fin, si el derecho al matrimonio incluye el de personas del mismo sexo<sup>381</sup>; g) o si puede haber un lazo de "vida familiar", a efectos del artículo 8, entre un hijo y sus padres, casados pero que no conviven. h) En el caso del derecho a la no discriminación, puede

376 Así, STEDH de 24 de noviembre de 1986 (*Gillow*), §§44-46.

377 STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klass*), §41; STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §64.

378 STEDH de 26 de junio de 1986 (*Van Marle y otros*), §41.

379 STEDH de 13 de agosto de 1981 (*Young, James y Webster*), §§51 ss., aunque sin entrar demasiado a fondo en la cuestión.

380 Según se deduce de STEDH de 6 de febrero de 1976 (*Schmidt y Dahlström*), §36.

381 STEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees*), §§49-50. Dice el Tribunal que el artículo 12 permite establecer restricciones a este derecho, pero que el obstáculo legal al matrimonio de personas del mismo sexo biológico no es una restricción al derecho, sino que el derecho del citado precepto "se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. Lo confirma su redacción: se deduce de ella claramente que la finalidad que se persigue es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia". En el caso *Cossey* el Tribunal resumirá su doctrina del caso *Rees* e introducirá algunas matizaciones. Dirá que el derecho al matrimonio no incluye el de personas del mismo sexo, pues aunque en algunos países se admita "la evolución acaecida hasta el momento, no demuestra que se haya abandonado en general el concepto tradicional de esta institución. Por consiguiente, no puede el Tribunal variar de actitud al interpretar el artículo 12 en la cuestión de que se trata. Cree, además, que el respeto del concepto tradicional es un motivo suficiente para continuar aplicando los criterios biológicos al determinar el sexo de una persona a los efectos del matrimonio, dependiendo como depende esta materia de la facultad que disfrutaban los Estados contratantes de regular por sus leyes el ejercicio del derecho de casarse". Además, entiende que la prohibición legal de matrimonio de personas del mismo sexo biológico, aun considerándola una limitación, no afectaría a la esencia del derecho. STEDH de 27 de septiembre de 1990 (*Cossey*), §§46 y 43.

entenderse que el "tipo" viene constituido por la existencia de una "situación análoga"<sup>382</sup>.

La determinación del "tipo" —o ámbito inicialmente protegido de un derecho fundamental en particular— es, indudablemente, un aspecto que muy difícilmente se presta a una teorización o concretización apriorística, pues supone el desarrollo de conceptos jurídicos indeterminados de gran amplitud. Se trata, en efecto, de conceptos de por sí vagos y generales, tales como "domicilio", "vida privada", "matrimonio" ("casarse") o "libertad de expresión", que sólo es posible, con frecuencia, precisar con ocasión de cada caso que se plantee, sin perjuicio de que sí pueda señalarse, en términos generales, un cierto contenido orientativo. La técnica para ello es muy semejante a la que se utiliza en el Derecho interno de cualquier país y resulta, sin duda alguna, en buena medida facilitada por el hecho de tratarse, en la mayor parte de las ocasiones, de conceptos muy arraigados y conocidos en la tradición jurídica occidental, que han sido objeto de una precisión y un desarrollo considerables a lo largo de la historia y que cualquier jurista mínimamente experimentado maneja ya con cierta soltura. No obstante, la precisión de algunos de ellos no se beneficia de esa tradición y presenta *per se* mayores problemas todavía ("tratos inhumanos o degradantes", por ejemplo). En cualquier caso, y aun contando con esa larga tradición jurídica, la definición en abstracto del contenido de cada derecho no resulta, a nuestro modo de ver, fácil de realizar apriorísticamente, al menos no con absoluta precisión, sino que debe partirse de un concepto global general que se precise o especifique más en particular de un modo casuístico, con una cierta, e inevitable, influencia de la dialéctica del caso concreto.

No es preciso destacar la importancia que tiene la exclusión de un determinado caso que se plantee del ámbito inicialmente protegido de un derecho fundamental (su "tipo"), pues supone que ya no hay que analizar si ha existido "injerencia", al no tener ésta objeto (un derecho fundamental), ni mucho menos todavía es preciso determinar su legitimidad (necesidad y proporcionalidad) ni puede exigirse que la medida en cuestión esté "prevista por la ley"<sup>383</sup>. Por ello, si la inclusión de un caso

---

382 No se trata sólo de una propuesta teórica, sino que pensamos que así puede deducirse con facilidad de la STEDH de 18 de diciembre de 1986 (*Johnston*), §60: "El artículo 14 protege a las personas que están 'en situaciones análogas' contra diferencias que implican una discriminación en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio". No existe una "situación análoga", por ejemplo, entre las personas domiciliadas en el extranjero y las que lo están en el propio país a efectos de que sólo a las primeras se les reconozcan efectos de sus divorcios obtenidos en el extranjero (en Irlanda). Y ello hace que el Tribunal no se plantee ya siquiera la relación de proporcionalidad entre la finalidad buscada y los medios utilizados o la existencia de una justificación objetiva y razonable, pues ya no hay, de entrada, "situaciones análogas".

383 Ello ni ha sido destacado por el TEDH ni por la Comisión hasta ahora en su jurisprudencia, sorprendentemente. Es más, en ocasiones el TEDH resuelve la cuestión con cierta ambigüedad como una cuestión de límites o una cuestión de encaje dentro del supuesto de hecho iusfundamental. Así, el TEDH considera que no se puede "deducir del artículo 12 [derecho a casarse] el derecho al divorcio", aunque el TEDH previamente se plantea también la hipótesis de que la prohibición del divorcio sea una limitación de la

concreto dentro del "tipo" (también llamado supuesto de hecho) del derecho fundamental no requerirá, por lo general, una exhaustiva argumentación y fundamentación, salvo con relación a supuestos poco claros y/o discutidos, la exclusión de ese caso del supuesto de hecho iusfundamental requerirá, en cambio, una fundamentación lo más clara y persuasiva posible, dadas sus graves consecuencias, especialmente, a nuestro modo de ver, en los casos en que no exista unanimidad o un amplio consenso dentro del Tribunal (o la Comisión). También aquí señalamos una línea a seguir más que una línea seguida hasta ahora.

2.- Determinación de si hay una intervención en el derecho o derechos protegidos. Se trata aquí de analizar si estamos ante una verdadera injerencia, intervención o interferencia en el derecho fundamental. Y se comprenden aquí como injerencias o intervenciones, en contraposición a la doctrina alemana más tradicional, no sólo los actos jurídicos, sino también las afectaciones puramente fácticas del derecho fundamental<sup>384</sup> pues, como dice el TEDH, "un impedimento fáctico puede violar el Convenio tanto como uno jurídico". Y tanto da que se trate de un acto o de una omisión respecto de una acción positiva que se deriva de un deber impuesto por el Convenio<sup>385</sup>. Hay que atender a las concretas circunstancias reales, y no a situaciones teóricas, para determinar si hay una injerencia o no en el derecho<sup>386</sup>.

El Tribunal utiliza un cierto concepto material de injerencia, que le permite juzgar como tal la disposición de la tercera frase del artículo 10, apartado 1, del Convenio, donde se prevé la posibilidad de que los Estados "sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa", y ello a pesar de que el mismo precepto regula, en su apartado 2, de modo expreso y claro las restricciones admisibles a las libertades que, en el apartado 1, se reconocen. A juicio del Tribunal, la "autorización previa" de que habla el artículo 10.1 no sólo es una injerencia, sino que queda sujeta "a los requisitos del apartado 2, pues en otro caso se llegaría a un resultado opuesto al objeto y a la finalidad del artículo 10 considerado en su

capacidad de contraer matrimonio y sostiene que esa hipotética limitación no puede calificarse "como un ataque a la esencia del derecho garantizado por el artículo 12" en una sociedad en que impera el principio de la monogamia. STEDH de 18 de diciembre de 1986 (*Johnston*), §§51-54. Tal ambigüedad debe rechazarse. Enseguida volveremos sobre ello. En cambio, en el mismo caso, el Tribunal es claro al rechazar que el derecho al respeto de la vida familiar incluya el derecho al divorcio (§57).

384 Es especialmente significativo que el artículo 25 CEDH hable genéricamente de "violación" de los derechos fundamentales, que incluiría también, naturalmente, a las intervenciones fácticas, según Albert Bleckmann, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 7-8.

385 Por ejemplo, la omisión de la debida y razonable protección de las manifestaciones legales por parte de las autoridades, especialmente cuando pueden molestar o irritar a personas contrarias a las ideas o reivindicaciones que promueve. STEDH de 21 de junio de 1988 (*Plattform "Ärzte für das Leben"*), §§34 ss. Véase, también, STEDH de 9 de octubre de 1979 (*Airey*), §25.

386 STEDH de 21 de junio de 1988 (*Berrehab*), §23.

conjunto"<sup>387</sup>.

El Tribunal no sostiene, sin embargo, lo que hemos llamado un concepto "material" de injerencia o intervención en los derechos fundamentales hasta sus últimas consecuencias, al menos no de modo explícito. En efecto, con relación a los derechos en que no hay una regulación expresa de los límites de los mismos, el Tribunal no siempre utiliza explícitamente el concepto de injerencia, no obstante lo cual en el fondo siempre opera con una categoría semejante y, lo que es mucho más importante, somete en general a esas medidas, sean una afectación del derecho a un proceso justo o sean una "privación" de la propiedad pongamos por caso, a la exigencia de estar "previstas por la ley" y de ser proporcionales, como luego veremos, aunque acaso con un alcance menor, menos estricto, que cuando tal regulación expresa existe. A nuestro modo de ver, la utilización explícita y clara de la categoría de la injerencia debía generalizarse también para estos derechos, cuya protección, desde nuestro punto de vista, lejos de quedar comprometida, quedaría reforzada en la medida en que el examen de la legitimidad de las restricciones a los mismos resultaría mucho más claro y racionalmente controlable y, por ello mismo, dotaría a la jurisprudencia de una mayor seguridad y previsibilidad jurídicas. Ello constituye, a su vez, un presupuesto para una aplicación también explícita y transparente de las exigencias de la previsión por la ley y la necesidad o proporcionalidad a las medidas que incidan en alguno de estos derechos sin regulación explícita de sus límites, y muy especialmente con relación al derecho a un proceso justo.

Es especialmente importante destacar, por otro lado, que una cosa es que una determinada medida pueda resultar justificada para el Convenio y otra que esa medida sea una injerencia en el derecho. Por claro que pueda parecer que una determinada medida afectante<sup>388</sup> a un

---

387 STEDH de 28 de marzo de 1990 (*Groppera Radio AG y otros*), §61.

388 Existe, por ejemplo, una intervención en un derecho fundamental en los siguientes casos: a) existe una intervención en el derecho al respeto del domicilio cuando los demandantes necesitaban una autorización para ocupar su casa a su regreso a una ciudad británica después de años fuera del país, si no querían ser objeto de actuaciones judiciales, y además se produjo la denegación de dicha autorización, se incoó un procedimiento penal por ocupación ilegal de la casa y se condenó al interesado al pago de una multa [STEDH de 24 de noviembre de 1986 (*Gillow*), §47]; b) Con relación al derecho al respeto de la correspondencia, si se niega (a un preso) todo derecho a una correspondencia, es evidente según el TEDH que no hay ni retención ni censura de un mensaje, pero ello no supone que el derecho mencionado no sea aplicable. Lejos de ello, "un obstáculo en la posibilidad misma de iniciar correspondencia representa la forma más radical de 'interferencia'", precisamente [STEDH de 21 de febrero de 1975 (*Golder*), §43]; c) Incluso la "mera existencia" de una legislación que prohíbe actos homosexuales entre varones, aunque no se aplique desde hace años a adultos que consienten (como era el caso del afectado) salvo en el caso de pacientes mentales, constituye una injerencia continua y directa en la "vida privada" de un homosexual [Sólo a mayor abundamiento parece tener en cuenta el Tribunal el hecho de que, como consecuencia de un registro en su casa, fuese el demandante interrogado sobre determinadas actividades homosexuales: STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §41]; d) También la mera existencia de una legislación que habilita a ciertas

derecho fundamental resulta justificada, es preciso tratarla como una injerencia, para a continuación someterla al test de su legitimidad según el Convenio. Pero hay también casos, desde luego, en que no hay ya, de entrada, injerencia en el derecho fundamental y no procede, por ello, seguir este examen escalonado, lo que lleva al Tribunal a declarar que, al haber llegado a la conclusión de que no existe injerencia en el derecho, no tiene él ya que entrar a considerar la legitimidad de la misma, obviamente<sup>389</sup>.

No hay, por ejemplo, según el Tribunal sostiene en el *Glaserapp*, una injerencia en la libertad de expresión cuando se anula retroactivamente el nombramiento de una funcionaria interina como consecuencia de la expresión de determinada opinión en una carta a un medio de comunicación y en él publicada en la que manifestaba su apoyo a la política de un partido político que era beligerante con el régimen liberal

autoridades a abrir y controlar la correspondencia y envíos postales, leer los mensajes telegráficos, escuchar y registrar conversaciones telefónicas, "crea por su simple existencia para todos aquellos a los cuales se podría aplicar, una amenaza de vigilancia, ataca necesariamente la libertad de comunicación entre usuarios de servicios postales y telecomunicaciones y constituye por sí una 'injerencia de una autoridad pública'" [STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klass y otros*), §41]; e) También la mera existencia de una amenaza de torturas o tratos inhumanos o degradantes, aunque estos no lleguen a verificarse, constituye una injerencia, pues dicha amenaza puede ocasionar tal angustia en el amenazado que constituya por sí sola un trato inhumano [sistema de castigos corporales en la escuela: STEDH de 25 de febrero de 1992 (*Campbell y Cosans*), §§26-27]; f) La denegación de un nuevo permiso de residencia y consiguiente expulsión de un ciudadano extranjero, con escasos recursos económicos, a su lejano país de origen, constituye una injerencia en el respeto a la "vida familiar" con relación a su hija que queda en el país del que se le expulsa, y con relación a la cual tiene un derecho de visita tras su divorcio. Y es que, aunque tal medida no le impida, en rigor, ejercitar su derecho de visita a la hija viajando al país de que es expulsado con un visado temporal, dicha posibilidad es "más bien teórica" [STEDH de 21 de junio de 1988 (*Berrehab*), §23]; g) En otro caso se estimó que la existencia de un colegio de médicos (que no es una asociación, sino de creación estatal y con prerrogativas exorbitantes del Derecho común) en el que se obliga a inscribirse a los médicos, sometiéndose a la autoridad de sus órganos (también a los disciplinarios), no constituye, "ni por su objeto ni por sus efectos", una limitación o injerencia en el derecho de asociación del artículo 11, en cuanto que ello no impide la existencia de asociaciones profesionales de médicos, que de hecho existen. Por ello mismo, "en ausencia de atentados a la libertad protegida por el párrafo 1 del artículo 11, no ha lugar a situarse en el terreno del párrafo 2 [sobre los límites de esa libertad]" [STEDH de 28 de junio de 1981 (*Le Compte, Van Leuven y De Meyère*), §§64-65 y STEDH de 10 de febrero de 1983 (*Albert y Le Compte*), §44]; h) la sanción penal como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión por una persona en una revista (multa, secuestro de los números de la revista ya difundida y publicación en otro número de la sentencia), aunque no haya impedido al autor expresar su pensamiento, constituye "una especie de censura para estimularle a no entregarse en el futuro a críticas de esta naturaleza", por lo que, al menos "en el ámbito del debate político, una condena así amenaza disuadir a los periodistas de participar en la discusión pública de cuestiones que interesan a la vida de la sociedad. Por sí misma, puede dificultar el cumplimiento de la misión informativa y fiscalizadora que tiene la prensa". Es, indiscutiblemente, una injerencia en la libertad de expresión [STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lingens*), §§35 y 44].

389 Por ejemplo, STEDH de 27 de octubre de 1975 (*Sindicato Nacional de la Policía belga*), §42.

constitucional y sus principios constitucionales y propugnaba derribarlo por la fuerza y de su negativa a expresar otra durante una entrevista con las autoridades. La destitución se explica en cuanto que a cualquier funcionario público, en el país en cuestión, le era exigible un compromiso de defender constantemente el régimen liberal y democrático a tenor de su Constitución y de lo anterior se dedujo por las autoridades, y aceptó por los tribunales nacionales, que no había garantía de su apoyo al régimen liberal, pues éste era incompatible con el apoyo a los objetivos del comunismo y si el nombramiento se produjo inicialmente fue sólo por haber engañado deliberadamente la señora Glasenapp a las autoridades competentes.

Pues bien, a juicio del Tribunal, se trata de un asunto relativo al ingreso en la función pública, derecho no reconocido en el Convenio y no hay, por ello, injerencia en la libertad de expresión<sup>390</sup>. Ello resulta muy discutible pues no cabe duda que, en lo que a la libertad de expresión se refiere, la destitución de la señora Glasenapp se fundó sin lugar a dudas en la circunstancia de tener y de expresar determinadas opiniones y ello es lo fundamental y lo que el Tribunal debió tener en cuenta. En este sentido, nos parece mucho más compartible, no obstante su excesiva concisión, el voto particular de conformidad del Juez Cremona a la citada sentencia, en el que entiende que sí hubo una injerencia en la libertad de expresión del artículo 10 CEDH [aunque tal injerencia "estaba justificada a la vista del apartado 2 del mismo artículo" (artículo 10.2)<sup>391</sup>]. También aprecia que hubo injerencia, aunque ilegítima, el Juez Spielmann en su voto particular<sup>392</sup>. Y lo mismo había estimado la Comisión en su Opinión<sup>393</sup>.

Incluso aunque el resultado fuera en el caso concreto aparentemente el mismo, como ocurre si se aprecia con el Juez Cremona que la injerencia era legítima, las consecuencias —aunque no se aluda siquiera a ello en los votos particulares ni en la Opinión de la Comisión— son, a nuestro modo de ver, enteramente diferentes, pues, si estimamos que no hay injerencia siquiera en el derecho en cuestión, no es ya necesario plantearse si la medida en cuestión está "prevista por la ley", ni si resulta necesaria en una sociedad democrática, ni apreciar su proporcionalidad. De ahí, precisamente, la gravedad de una apreciación como la que el Tribunal realiza, en cuanto que excluye la aplicación de las garantías propias del Estado de Derecho.

Es este caso *Glasenapp*, a nuestro modo de ver, un ejemplo de antología<sup>394</sup> de la importancia que tiene distinguir los diversos momentos o

390 STEDH de 28 de agosto de 1986 (*Glasenapp*), §52.

391 Último párrafo de su voto particular de conformidad a la Sentencia.

392 Se trata de un voto particular, en parte de conformidad y en parte disidente, a la Sentencia: "la medida fue claramente desproporcionada con relación a la finalidad perseguida" (§38, pero también §§39-41).

393 Opinión de la CEDH formulada en el informe de la Comisión de 11 de mayo de 1984, §128.

394 Un caso sustancialmente idéntico al que comentamos puede verse en STEDH de 28 de agosto de 1986 (*Kosiek*), *in toto*, aunque en este caso la Comisión entiende que la injerencia, que ella aprecia, en la libertad de expresión resultaba legítima según el



fases en el proceso de examen de la violación de un derecho fundamental, algo que desgraciadamente ni la Comisión ni el TEDH realizan con el rigor y la explicitud necesarias. En particular, el entender que una determinada conducta no está incluida dentro del supuesto de hecho del derecho fundamental, o el considerar que una determinada medida no constituye una injerencia en el derecho fundamental de que en cada caso se trate, supone la inaplicabilidad de todas las garantías que el CEDH prevé para ello. Se entenderá, por ello, la importancia de estos dos primeros momentos, o fases, en el examen de la eventual violación de un derecho del Convenio, así como la conveniencia de una concepción amplia y generosa tanto del supuesto de hecho iusfundamental como de lo que por injerencia debe entenderse. Ello viene exigido, desde nuestro punto de vista, por la operatividad misma del Convenio, así como por la eficacia máxima de los derechos por él proclamados, que no es sino su objetivo último<sup>395</sup>.

3.- Determinación de si la intervención resulta legítima en el marco del CEDH. Este nivel de examen se subdivide, a su vez, en otros tres subniveles, que hacen referencia al análisis acerca de la concurrencia de tres requisitos exigidos para la legitimidad de una intervención en el derecho fundamental y que serán a continuación estudiados pormenorizadamente, en cuanto que constituyen presupuestos de la legitimidad de un límite a los derechos reconocidos en el CEDH. Ahora sólo los adelantaremos sumariamente: a) *Cobertura legal*: El Tribunal examina, en primer lugar, si la interferencia o intervención tiene base legal, esto es, si se haya "prevista por la ley". Veremos después cuál es el preciso contenido de esta exigencia en la jurisprudencia del TEDH. Baste ahora indicar que, cuando el Tribunal entienda que una medida interventora no está "prevista por la ley" en el sentido del Convenio, ello será motivo bastante para que no siga analizando si la medida persigue un fin legítimo o es necesaria en una sociedad democrática y rechace, sin más preámbulos, tal medida como ilegítima a la luz del Convenio<sup>396</sup>; b) *Fin legítimo según el CEDH*: Se trata aquí de saber si la intervención en el derecho aparece cubierta por una finalidad legítima según la regulación del

---

Convenio.

395 No hay duda de que el TEDH tiene que excluir ciertas conductas del supuesto de hecho del derecho fundamental, o apreciar en numerosos casos que no ha habido injerencia en el derecho, pero deberían ponderarse las consecuencias que de ello se derivan, y en las que hasta ahora no se ha reparado explícitamente, así como la importancia de los derechos humanos y su operatividad real, a la hora de realizar esta clase de exámenes. Así se ha hecho en términos generales, pero no siempre ha sido así ni, desde luego, se han puesto de relieve las diversas consecuencias, no meramente teóricas, entre apreciar que la conducta no está protegida por el supuesto de hecho iusfundamental, o la medida no constituye una injerencia en el derecho, o entender que hay injerencia pero ésta es legítima según el Convenio. Veremos después cómo, por el contrario, sí se ha hecho así de modo claro al menos por ciertos sectores de la doctrina alemana, bien es cierto que con relación a la Ley Fundamental.

396 Una aplicación clara a este respecto puede verse en SSTEDH de 24 de abril de 1990 (*Kruslin y Huvig*), §§27 ss, especialmente §36.

propio Convenio. Como se verá, esta fase de examen no tiene gran relevancia dada la generalidad de las finalidades previstas expresamente por el Convenio con relación a varios derechos o las alegadas con respecto a los demás, y dada también su relativa intercambiabilidad con frecuencia, aparte ya del margen de apreciación que se deja a los Estados. Pero, desde luego, no faltan casos en que la apreciación de que la medida no respondía a una finalidad legítima basta ya para rechazar la medida por no ser "necesaria en una sociedad democrática"; y c) *Necesidad en una sociedad democrática*<sup>397</sup>: La medida interventora en el derecho protegido ha de ser necesaria en una sociedad democrática, esto es, responder a una necesidad social imperiosa; y para ello, deberá también examinarse si la medida es, dentro del "margen de apreciación" que se reconoce a cada Estado con un alcance variable según las circunstancias, proporcional al fin legítimo perseguido<sup>398</sup>.

Estos tres requisitos exigidos a toda limitación de los derechos reconocidos en el Convenio para que se la pueda considerar una limitación "legítima", determinan tres subniveles escalonados en el examen de la conformidad al Convenio de toda medida limitadora de un derecho protegido por el Convenio, una vez establecido que estamos ante un caso de relevancia para el Convenio, y que hay una intervención efectiva en un derecho protegido por el mismo. Las siguientes páginas se centran en el estudio de estas tres "fases" de examen, pero no tanto desde este punto de vista procedimental desde el que hemos querido aquí considerarlas, sino en cuanto presupuestos legitimadores de una intervención en los derechos del Convenio.

### C) Los límites implícitos y los límites inherentes

Aunque la regulación por el CEDH de los límites a los derechos fundamentales reconocidos se caracteriza por un elevado grado de precisión —por lo menos con relación a los restantes tratados internacionales sobre estas materias—, ello no ha impedido que se hable

---

397 Este requisito está muy ligado al anterior pues las medidas han de ser "necesarias en una sociedad democrática" para el logro de alguna de las finalidades legítimas. La valoración separada es difícil en la práctica, pero el Tribunal distingue entre la finalidad legítima que la medida persiga y su proporcionalidad para el logro de esa finalidad. Son, pues, niveles diferentes de examen, aunque desde luego uno no pueda desligarse del otro. Véase, por ejemplo, STEDH de 13 de agosto de 1981 (*Young, James y Webster*), §59: "Para ser compatible con el párrafo 2, una injerencia en el ejercicio de un derecho protegido por el artículo 11 debe ser 'prevista por la ley', inspirada por uno o varios fines legítimos según este párrafo y 'necesaria, en una sociedad democrática', para la consecución de éste u otros fines".

398 Por lo general este requisito queda reducido al de la proporcionalidad, pero no siempre es así. Por ejemplo, en el caso *Dudgeon*, sobre la penalización de actos homosexuales (también entre mayores que consienten), aprecia el Tribunal en primer lugar que no hay una "necesidad social imperiosa" para dicha tipificación penal y pasa, en un segundo momento, a examinar la proporcionalidad de la medida. STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §60. A este punto parece referirse una crítica del Juez Matscher en su voto particular.

de ciertos límites implícitos (*implied limitations, limitations permitted by implication*). En efecto, como Jacobs subraya, la relativa precisión de las cláusulas limitativas en el CEDH no implica, sin embargo, "que no haya ningún espacio, en el esquema de la Convención, para las limitaciones implícitas. Al menos donde un derecho particular está garantizado de modo implícito, sin previsión específica y expresa, debe haber una posibilidad de deducir limitaciones también implícitas".

En realidad, el problema no se plantea de modo exclusivo respecto de los derechos reconocidos por la Convención sólo de un modo implícito y que únicamente por medio de la labor interpretativa del TEDH se han hecho explícitos (derecho al acceso a un tribunal o derecho de huelga<sup>399</sup>). También surge la cuestión de la admisibilidad de los límites implícitos con relación a los derechos expresos ya en el propio Convenio, debiendo al respecto distinguirse, dentro de esos derechos, según que existan también previsiones expresas de límites con relación a los mismos en el Convenio, o por el contrario no exista ninguna regulación expresa de sus límites en el Convenio. A partir de esta triple clasificación, resulta para nosotros claro que procede el reconocimiento de límites implícitos con relación a los derechos también implícitos y explicitados por la jurisprudencia, así como con respecto a los derechos acerca de los que no existe en el Convenio ninguna previsión expresa de límites. En cambio, no procede su aplicación, en ningún caso, respecto de los derechos para los que sí se contienen en el Convenio previsiones limitadoras específicas. Ésta es, por lo demás, en lo sustancial la propia posición que ha venido a adoptar el TEDH, aunque acaso no con la claridad que sería deseable.

Ésta es, en efecto, la consecuencia que puede deducirse de la jurisprudencia sentada por el TEDH en los casos "sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga" y "Golder", respectivamente. En el primero de ellos, dirá el Tribunal: "El derecho de acceso a los Tribunales no es absoluto. Tratándose de un derecho que el Convenio reconoce, sin definirlo en el sentido estricto de la palabra, hay lugar, además de para los límites que circunscriben el contenido mismo de cualquier derecho, para otros límites implícitamente admitidos"<sup>400</sup>. Y en esta jurisprudencia se remite, a su vez, el Tribunal de Estrasburgo a otra sentencia suya anterior en la que, con relación al derecho a la educación, y por consiguiente con relación a un derecho expreso en el texto del Convenio pero sin previsiones explícitas de límites en su ejercicio, había sentado la siguiente doctrina: "El derecho a la educación, garantizado por la primera frase del artículo 2 del Protocolo, requiere, por su propia naturaleza, una reglamentación por parte del Estado, reglamentación que puede variar en el tiempo y en el espacio y en función de las necesidades y de los recursos

---

399 STEDH de 6 de febrero de 1976 (*Schmidt y Dahlström*), §36. Derechos implícitos son aquellas facultades que constituyen un elemento necesariamente inherente a un derecho expresamente garantizado por el Convenio. STEDH de 27 de octubre de 1975 (*Sindicato Nacional de Policía*), §§38 (no lo es el derecho de consulta con relación a la libertad sindical) y 39.

400 STEDH de 21 de febrero de 1975 (*Golder*), §38.

de la comunidad y de los individuos. Resulta obvio que tal reglamentación en ningún caso debe acarrear un atentado a la esencia de este derecho, ni vulnerar otros derechos consagrados por el Convenio"<sup>401</sup>. Y añade dicho Tribunal, "dichos considerandos son aun más válidos en el caso de un derecho que, a diferencia del derecho a la educación, no está mencionado en términos expresos"<sup>402</sup>.

Hasta aquí, esta jurisprudencia nos parece enteramente suscribible<sup>403</sup>, siempre y cuando aclaremos que esos límites implícitos son justamente eso, "implícitos", pero no "inherentes" o "inmanentes" al propio derecho fundamental. La diferencia es importante porque la doctrina de los límites "inherentes" supone, en realidad, que esos llamados "límites" no son en realidad límites a los derechos, sino límites de su contenido, al que son inherentes, de manera que cuando se da uno de ellos no se plantea el problema de si se trata o no de un límite legítimo, sino que se trata de un supuesto en que el derecho no resulta ya desde un principio de aplicación. Con ello, se excluiría de plano la aplicación de una serie de garantías ("previstas por la ley", proporcionalidad, finalidad legítima, etc), hecho éste de extrema gravedad y que permitiría, llevado al extremo, el vaciamiento de los derechos reconocidos por medio de la exclusión de toda aplicación de las garantías del Estado de Derecho para toda intervención en un derecho fundamental. Supondría además llegar al resultado absurdo, vedado para cualquier operador jurídico, de que unas pretendidas limitaciones no expresas del CEDH estarían sujetas a un control mucho menos intenso de su legitimidad que otras que el propio CEDH regula de un modo expreso y taxativo. Es por ello necesario alejar de modo expreso toda posible aplicación de esa peligrosa doctrina, sobre la que volveremos al analizar el Derecho alemán y el español.

Esta distinción, y aclaración, parece también importante hacerla a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal con respecto al disfrute de los

401 STEDH de 23 de julio de 1968 (*sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga*), §5.

402 STEDH de 21 de febrero de 1975 (*Golder*), §38.

403 No se plantea dicha jurisprudencia la aparente contradicción del artículo 18 del Convenio, que exige que sólo se apliquen a los derechos del Convenio las "restricciones [...] previstas". A nuestro modo de ver, y antes ya lo hemos adelantado, tal contradicción realmente no existe, pues el artículo 18 sólo deberá aplicarse a aquellos derechos con relación a los cuales justamente se encuentren "previstas" ciertas restricciones, lo que obviamente ni es, ni podría siquiera ser, el caso de los derechos "implícitos", con respecto a los cuales, precisamente por ser "implícitos", malamente podría "preverse" ninguna restricción; ni es tampoco el caso de los derechos expresos pero sin limitaciones también "expresas". Es verdad que éstos últimos derechos parece lógico pensar que sólo pueden ser restringidos en función de otros derechos o valores que resulten lo suficientemente relevantes para ello a la luz del Convenio, pero ello no permite, a nuestro juicio, sin abuso inadmisible del lenguaje, llevar a considerar a tales límites como límites "previstos": son, por el contrario, límites implícitos, de los que en rigor no hay "previsión" en el Convenio, pero que sí encuentran su apoyo y legitimidad en el mismo y deben someterse, en cualquier caso, a los condicionamientos de cualquier limitación y, en particular, a la proporcionalidad. No son, en suma, límites "previstos" y el artículo 18 no les es de aplicación.

derechos fundamentales por ciertas categorías de personas. Se trata, en suma, de la cuestión de si es posible limitar un derecho reconocido en el CEDH más allá de lo establecido expresamente en el mismo en virtud de las que se han llamado "limitaciones inherentes" al propio Convenio. Esta modalidad limitadora se derivaría del *status* especial de determinadas en ciertos grupos, tales como prisioneros convictos, miembros de las Fuerzas Armadas, pacientes mentales y, en ciertos casos, funcionarios civiles. Esta idea ha sido utilizada por la CEDH con relación a prisioneros convictos y otras personas detenidas y también la han defendido algunos autores<sup>404</sup>.

La Comisión ha aplicado esta doctrina sobre todo con relación a las quejas con respecto al artículo 8 CEDH por interferencias en la correspondencia de los presos convictos, entendiendo que se trata de un "control normal" de la correspondencia de los presos, inherente a la prisión, "una parte necesaria de su privación de libertad que es inherente a la pena de prisión". Un estudio de las decisiones de la Comisión revela un corte poco claro entre la perspectiva de que ciertas restricciones son un aspecto necesario del encarcelamiento, y por tanto la interferencia impugnada puede ser justificada en virtud del párrafo 2, y la posición de que, puesto que estas restricciones son necesarias, hay una limitación inherente del derecho del párrafo 1, así que no ha habido ninguna interferencia en el derecho que requiera justificación en virtud del párrafo 2. Aunque con menos frecuencia, esta doctrina se ha aplicado también con relación a otro tipo de quejas, bien respecto del propio artículo 8, bien respecto de otros como el 9 o el 10<sup>405</sup>.

La adopción de una posición de ese tipo, que guarda gran parentesco con la doctrina alemana de los límites "inmanentes" en sentido estricto de los derechos fundamentales (a la que luego haremos cumplida referencia) resulta, en el contexto normativo del CEDH, a nuestro modesto entender, inadmisiblemente de plano. Su admisión supondría una burla del entero sistema, cuidadosamente construido, de regulación de los límites a los derechos reconocidos en el CEDH. El propio Convenio habla con meridiana claridad en su artículo 18 de "restricciones [...] previstas" a los derechos reconocidos y es claro que, cuando en la regulación de ciertos derechos (como ocurre, justamente, con los de los derechos 8, 9, 10 u 11) prevé de modo expreso ciertas limitaciones, sólo podrán aplicarse tales límites, pero no ningún otro. Ello se deduciría ya de la propia estructura de esos derechos, que al prever ciertas "excepciones", o límites, posibles a su ejercicio, y hacerlo además en unos términos bastante genéricos, es claro que excluye la aplicación de excepciones no expresas. Pero la existencia de un precepto como el citado artículo 18 CEDH no deja ya sombra de

---

404 Así, J. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1987, pp. 232-233, cit. por Francis Jacobs and Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 298, n. 3.

405 Francis Jacobs and Robin C. A. White, *The European...*, pp. 298-299. Lo cierto, es que la propia Comisión no aplica hoy ya estos criterios desde hace tiempo. Véase ya la Opinión de la Comisión sobre el caso *Silver y otros* de 11 de octubre de 1980, serie B, número 61, pp. 72-74, donde se habla con toda claridad, de injerencias sometidas a los requisitos del artículo 8.2 por más que se trate del ámbito carcelario.

duda. Para los derechos para los que el Convenio prevé límites expresos, no es posible buscar o aplicar límites que vayan más allá de éstos: todo límite a esos derechos debe encontrar su fundamento en alguna de las restricciones expresamente previstas y pasar todos los "tests" de conformidad al Convenio exigibles a cualquier limitación.

Aunque sin una argumentación lo suficientemente clara, como creemos habría sido necesario, el TEDH ha venido a rechazar esta peligrosa doctrina de los límites inherentes en el caso *Golder*. Rechaza el Tribunal contundentemente la idea de que no hubiese ninguna necesidad de encontrar justificación en el párrafo 2º del artículo 8 para justificar una interferencia en el derecho al respeto de la correspondencia por tratarse de un límite inherente o, por decirlo con mayor claridad aunque sin utilizar las expresiones del TEDH, de un *límite del contenido* del derecho. Dicha tesis, alegada por el gobierno demandado, "tropieza con el tenor literal del artículo 8. La redacción literal del párrafo 2 no deja lugar a la idea de límites implícitos [los aquí llamados límites inmanentes]. En este sentido, el régimen jurídico del derecho al respeto de la correspondencia, definido en el artículo 8 con cierta precisión, ofrece un neto contraste con el del derecho a un tribunal"<sup>406</sup>. Otra cosa distinta es, naturalmente, que, respecto de los derechos con límites expresos, pueda justificarse una limitación o interferencia más intensa con relación a unos determinados grupos de personas que tienen un *status* especial por su sujeción de especial intensidad respecto de la Administración (*especialmente* intensa respecto de la propia del común de los ciudadanos)<sup>407</sup>.

---

406 STEDH de 21 de febrero de 1975 (*Golder*), §44.

407 En particular, y por ejemplo, puede justificarse una interferencia en el derecho al respeto de la correspondencia de mayor intensidad respecto de los presos: "El Tribunal entiende, por otra parte, que la necesidad de interferir en el ejercicio del derecho de un condenado recluso respecto a su correspondencia debe apreciarse en función de las exigencias normales y razonables de la detención. La 'defensa del orden' y la 'prevención del delito', por ejemplo, pueden justificar interferencias más amplias en relación con un recluso que con una persona en libertad. En esa medida, pero sólo en esa medida, una privación regular de libertad en el sentido del artículo 5 no deja de repercutir en la aplicación del artículo 8": STEDH de 21 de febrero de 1975 (*Golder*), §45. En sentido semejante, respecto del derecho de visitas en la cárcel por virtud del derecho a la vida familiar del artículo 8, STEDH de 27 de abril de 1988 (*Boyle y Rice*), §74: "hay que tener en cuenta las normales y razonables exigencias de la reclusión y la extensión de la facultad discrecional que se debe conceder a las autoridades nacionales para regular las relaciones del preso con su familia". Y con relación a los militares, el Tribunal ha hecho una afirmación de alcance general: "Al interpretar y aplicar las normas del Convenio en esta materia, el Tribunal debe tener en cuenta las características particulares de la condición militar y sus efectos en la situación de los miembros individuales de las Fuerzas Armadas" (STEDH de 8 de junio de 1976 (*Engel*), §54). Y más en particular con respecto del derecho a la libertad física de los militares, ha sentado el Tribunal la doctrina de que "los límites que el artículo 5" "impide traspasar" al Estado "no son idénticos para militares y para civiles", de forma que "una sanción o medida disciplinaria que se vería incuestionablemente como una privación de libertad si se aplicase a un civil, puede no tener el mismo carácter si se refiere a un militar". Para valorar si se trata o no de una privación de libertad, habrá que atender a si "se concreta en restricciones que se apartan netamente de las

En conclusión, los límites implícitos son admisibles sólo respecto de los derechos también implícitos, así como con relación a los derechos sin previsión expresa de límites. Pero la admisión de tales límites debe hacerse bajo dos condiciones de extraordinaria importancia, a nuestro juicio: primera, cualquier limitación ha de resultar del propio CEDH en una interpretación sistemática, no pudiendo en ningún caso encontrar su fuente fuera del propio Convenio; y segunda, se tratará siempre de un verdadero límite (externo) del derecho, no de un límite inmanente en el sentido de un rasgo delimitador del contenido propio del derecho, pues ello no sería una mera cuestión retórica sino que tendría, o podría tener y con ello debe bastarnos para rechazarlos, la importantísima consecuencia de excluir la aplicación de las garantías generales del Convenio para toda intervención en un derecho fundamental, algo que no puede admitirse sin socavar el entero sistema garantista del CEDH.

En el caso de ciertas categorías de personas, como los presos o los militares, que se encuentran sujetos a lo que se conoce en nuestra doctrina y en la alemana como relaciones de poder (o de sujeción, según la perspectiva) especial, pueden justificarse unas limitaciones más intensas a sus derechos, pero para ello no debe en ningún caso echarse mano de categorías como la de las limitaciones inherentes, inmanentes u otras parecidas; y la legitimidad de tales limitaciones debe, en cualquier caso, enjuiciarse a la luz de los condicionamientos de la legitimidad de toda medida restrictiva de los derechos que se prevén en la Convención. En particular, deben resultar justificadas en virtud del principio de proporcionalidad, atendida su particular situación, y tratándose de derechos como los de los artículos 8, 9 o 10 del Convenio, toda limitación a sus derechos deberá encontrar apoyatura en alguna de las finalidades legítimas expresamente previstas, si bien el alcance de esas finalidades

---

condiciones normales de vida en el seno de las Fuerzas Armadas de los Estados contratantes", atendidos los efectos, la naturaleza, la duración y las modalidades de ejecución de la medida o sanción. STEDH de 8 de junio de 1976 (*Engel*), §59. En el mismo caso, se conoció sobre la necesidad de una determinada injerencia en la libertad de expresión por razón de protección del "orden público", entendido como orden de un grupo social particular como es el Ejército, resaltando que el desorden en el mismo puede repercutir en el orden de la sociedad entera (§98), atendidas "las características peculiares de la vida militar, los específicos 'deberes' y 'responsabilidades' de los miembros de las Fuerzas Armadas", así como el margen nacional de apreciación (§100). El examen de la proporcionalidad de las concretas medidas es, sin embargo, escaso o cuando menos poco explícito. Pero ello no excluye, en cualquier caso, la aplicación también en tales supuestos de las garantías o exigencias a toda limitación a un derecho que pretenda presentarse como legítima. Habrá, muy en particular, que apreciar si la restricción es o no necesaria en una sociedad democrática, está prevista por la ley y es proporcional. Y de lo que en ningún caso se trata es de límites inherentes al propio contenido del derecho, sino de injerencias en el contenido inicialmente protegido que sólo podrán resultar justificadas una vez que pasen los "tests de legitimidad", valga la expresión, exigidos por el Convenio, sin perjuicio de valorar la especificidad y peculiaridad de *cada una* de tales relaciones, cuya finalidad puede justificar restricciones que para el ciudadano que no se encuentra en una relación de sujeción especial no serían admisibles.

puede ser legítimamente diverso a efectos de justificar unas restricciones de mayor o menor intensidad con relación a determinados grupos de personas sin que por ello resulte violado el principio, y derecho, de no discriminación del artículo 14.

Lo que no puede admitirse, a nuestro juicio, es sostener que ciertos grupos de personas (presos o militares, pongamos por caso) tienen un contenido recortado *ab initio* del derecho fundamental, y unos más y otros menos recortado. Su especificidad puede, naturalmente, incidir en el régimen de ejercicio de sus derechos (y por cierto, *de manera distinta* en cada caso: funcionarios, presos, policías, militares, etc.), pero como una cuestión de límites a sus derechos, que habrán de ser siempre justificados como cualesquiera otros límites por más que éstos se deriven de la posición particular de determinadas personas por su sujeción especial a los poderes públicos. Lo que no es admisible es tratar esa especificidad desde el punto de vista de derechos recortados de inicio para cada grupo de personas, sin necesidad de justificar jurídicamente esos recortes.

Digamos, por último, que con relación a todos estos límites implícitos es particularmente importante el examen de su proporcionalidad. A nuestro modo de ver, dado el riesgo que innegablemente supone su reconocimiento, así como su carácter por naturaleza especialmente excepcional, la apreciación de su proporcionalidad debería dar lugar a un escrutinio también especialmente intenso por parte de los órganos del Convenio. Y en particular, esa apreciación o valoración debe, antes que nada, hacerse explícita en las decisiones de dichos órganos, lo que hasta ahora no se ha logrado de un modo satisfactorio.

#### **D) Limitaciones "previstas en la ley"**

La exigencia de que toda limitación a un derecho fundamental aparezca cubierta por una ley resulta de las reservas de ley que el CEDH contiene en los artículos 2.1 y 2.2.c; 5.1 y 5.3; 6.1; 8.2; 9.2; 10.2; 11.2 CEDH; y 1.1 y 2 del Protocolo núm. 1; 2.3 y 2.4 del Protocolo núm. 4; 2 del Protocolo núm. 6; 2.1 y 2.2, 3, 4.1 y 4.2 del Protocolo núm. 7. La interpretación de la expresión "previstas por la ley" en sus versiones inglesa y francesa, ambas igualmente oficiales, y el concepto de "ley" han dado lugar a una copiosa jurisprudencia del TEDH. Por lo pronto, debe destacarse que el TEDH ha dado una interpretación conjunta y uniforme a estos conceptos, sin distinguir según su ubicación, lo cual parecía obligado y es hoy aceptado por toda la doctrina<sup>408</sup>.

En segundo lugar, como la Comisión de Derechos Humanos de Estrasburgo ha destacado, las remisiones del Convenio a la "ley" no son meras referencias al Derecho interno de un Estado, sino también una referencia a la reserva de ley o al principio de legalidad, que constituye un

---

408 Luzius Wildhaber und Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", en Heriber Golsong (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986 (pero este fascículo, actualizado según entrega de abril de 1992), pp. 187-189.



fundamento común de las sociedades democráticas y del patrimonio de los Estados miembros del Consejo de Europa. Y con esta referencia no sólo a la existencia de la ley estatal interna en sí misma, sino también a su cualidad de ley, se pone de relieve, según el Tribunal, que la misma "debe ser compatible con la supremacía del Derecho, que ha encontrado expresión en el Preámbulo del Convenio"<sup>409</sup>. Veamos ahora la jurisprudencia sentada por el TEDH al respecto.

### A') La ley como norma interna válida

La ley ha de ser una norma válida, tanto desde la perspectiva formal como material, en el ordenamiento nacional, esto es, en el Derecho interno<sup>410</sup>. El concepto de ley debe ser materialmente entendido<sup>411</sup>, pues no se comprenden aquí sólo las leyes formales o leyes parlamentarias y las normas internacionales incorporadas al Derecho interno (directamente en los sistemas monistas, o por transformación en los dualistas)<sup>412</sup>, sino, aparte ya de lo que diremos luego sobre el Derecho consuetudinario, también todas las demás disposiciones normativas dictadas por una autoridad competente y que se remitan en último término a una ley parlamentaria (reglamentos parlamentarios o de la Administración, incluidos los penitenciarios, directrices, instrucciones)<sup>413</sup>.

Se ha reconocido también el carácter de "ley" a las normas de asociaciones no estatales (Derecho estatutario autónomo); más en concreto, se ha considerado como "ley" una normativa deontológica de un colegio profesional dictada en virtud de un poder estatutario autónomo que los colegios de veterinarios (y de otras profesiones liberales) tradicionalmente ejercen con fundamento en una autorización legislativa y

409 Así, STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §67.

410 STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §47 y STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §86.

411 No obstante, hay autores que entienden que la sentencia del caso *Sunday Times*, a la que enseguida se aludirá, al reconocer como ley "tanto el Derecho escrito como el no escrito" o consuetudinario, se explica por cuanto que viene referida a un país de *common law* y "sería incorrecto, por tanto, extraer de esta sentencia la conclusión de que la alusión a la ley contenida en los artículos del Convenio que proclaman derechos y libertades no impide a los Estados partes imponer restricciones fundadas exclusivamente en el Derecho consuetudinario o en normas escritas carentes de rango legal". Jesús María Casal Hernández, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, CEC, Madrid, 1998, pp. 58-59. Esta interpretación no nos parece correcta, ni en cuanto a la sentencia concreta aludida, ni en cuanto a la jurisprudencia del TEDH en general, que ha reconocido en otras ocasiones como "ley" a normas sin el rango de ley formal, como del texto se desprenderá. Ello sin perjuicio de la crítica que tal jurisprudencia nos merezca. Véase, por ejemplo, SSTEDH de 24 de abril de 1990 (*Kruslin y Huvig*), §29: El Tribunal "ha entendido siempre el término 'ley' en su sentido 'de fondo' o 'material' y no formal, y ha incluido en él, al mismo tiempo, las disposiciones de rango inferior al legislativo", además del Derecho no escrito.

412 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 193.

413 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 189. STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §§86 y 93.

con control del Estado (aprobación del *Hamburger Senat*)<sup>414</sup>. En el caso *Silver*, en fin, también "tiene en cuenta" el TEDH, "para averiguar si el requisito de la previsión" legal es respetado, las instrucciones y circulares sin fuerza de ley, pero sólo "en la medida, ciertamente limitada, en que fueran conocidas por los interesados"<sup>415</sup>.

Las exigencias de la delegación legislativa se rigen por el Derecho interno, lo que permite afirmar que el TEDH parte de un concepto funcional de ley que contiene más elementos del concepto material de ley que del formal y, por ello, se da menor valor que en el Derecho Constitucional interno a la exigencia de la determinabilidad suficiente de la norma delegante<sup>416</sup>. Ni el Tribunal ni la Comisión han distinguido hasta ahora según se trate de intervenciones más o menos graves o leves en los derechos para exigir a las primeras una ley en sentido formal, aunque con relación a otras exigencias sí se ha venido a distinguir según la gravedad de la intervención, exigiendo en particular para las intervenciones graves en el derecho del artículo 8.1 un fundamento jurídico especialmente preciso y por ello mismo limitador del campo de juego de la discrecionalidad de las autoridades<sup>417</sup>.

El TEDH viene practicando, de manera constante, una suerte de *self-restraint* al examinar el fundamento legal de las medidas limitadoras y ello por entender que su competencia para examinar la admisibilidad según el Derecho interno, o la compatibilidad con él, de una medida de intervención en un derecho reconocido por el Convenio es una competencia simplemente subsidiaria y limitada: la interpretación y aplicación del Derecho interno es, en primera línea, un asunto de las autoridades y tribunales nacionales, especialmente cualificados para ello<sup>418</sup>.

A nuestro modo de ver, la jurisprudencia del TEDH debería ser corregida para exigir a toda intervención en un derecho fundamental la regulación por una ley en sentido formal, esto es, por una ley parlamentaria, de forma que las afectaciones a la "libertad y la propiedad" de los ciudadanos sólo sean legítimas con su propio consentimiento a

414 STEDH de 25 de marzo de 1985 (*Barthold c. Alemania*), §46.

415 STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §88: "Por consiguiente, el Tribunal no puede aceptar la tesis de los demandantes de que las normas y los procedimientos que han de seguirse en la materia de la intervención de la correspondencia —especialmente las indicaciones de las instrucciones y circulares— deberían incluirse en la legislación propiamente dicha" (§89). Así, una interceptación de unas cartas en virtud de una regla que se dio a conocer, con carácter previo, a los presos por medio de una "nota informativa" (circular) constituye una "aplicación prevista por el Reglamento de Prisiones, es decir, 'prevista por la ley'" en cuanto que "la nota informativa estaba redactada en forma suficiente para ilustrar a los interesados sobre la práctica en esta materia" (§94). No obstante, debe destacarse que el caso se refería, como es obvio, al ámbito penitenciario, y ello sin duda tuvo su influencia en la valoración del Tribunal.

416 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 190.

417 SSTEDH de 24 de abril de 1990 (*Kruslin y Huvig*), §33.

418 Luzius Wildhaber und Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 194, con referencia a STEDH de 25 de marzo de 1985 (*Barthold c. Alemania*), §48.

través de sus representantes. Esta es una conquista del Estado de Derecho, común a todos los países europeos, y que debe entenderse como exigencia incorporada al concepto de "ley" en el Convenio.

Ello no debería, sin embargo, impedir, por una parte, reconocer la especificidad del sistema de fuentes de los países de *common law* (en los términos de la sentencia del caso *Sunday Times*, que enseguida abordaremos); ni tampoco obsta, por otro lado, para que exista una cierta "colaboración reglamentaria" en la materia, pero debiendo en todo caso la ley parlamentaria regular los aspectos básicos de la intervención con tanto más detalle y precisión cuanto mayor sea la intensidad de la intervención y en función también de cuáles sean los derechos fundamentales afectados. En definitiva, propondríamos la exigencia de una ley parlamentaria, sin perjuicio de la complementación, con un alcance variable, de dicha ley por normas de rango inferior a la ley y sin perjuicio de las particularidades de los países de *common law*<sup>419</sup>. El TEDH debería mostrarse más riguroso en este campo de lo que lo ha sido hasta ahora.

## **B') Derecho consuetudinario y jurisprudencia**

El concepto de ley incluye al Derecho consuetudinario. En primer término, el Tribunal ha entendido que el término "ley" (*loi, law*) cubre no sólo la ley en sentido estricto, ni siquiera sólo el Derecho escrito, sino que bastaría incluso con que la limitación estuviese contenida en el Derecho consuetudinario:

"El Tribunal constata que la palabra 'ley' en la expresión 'prevista por la ley' engloba, a la vez, tanto el Derecho escrito como el no escrito (consuetudinario). Así, no da importancia al hecho de que el 'contempt of court' sea una creación del *Common Law* y no de la legislación. Se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio si se dijese que una restricción impuesta por el *Common Law* no está 'prevista por la ley', por la única razón de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de *Common Law*, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico [...] La expresión 'prescribed by law' aparece en el párrafo 2 de los artículos 9, 10 y 11 del Convenio, siendo equivalente a la del texto francés 'prévues par la loi'. Sin embargo, cuando la expresión francesa aparece en los artículos 8.2 del Convenio, 1 del Protocolo núm. 1 y 2 del Protocolo núm. 4, la versión inglesa aparece en el texto como 'in accordance with the law', 'provided for by law' e 'in accordance with law', respectivamente. Confrontadas así ambas versiones del Tratado, que son igualmente auténticas pero no exactamente concordantes, el Tribunal debe interpretarlas de una forma conciliadora en la medida de lo posible y que

---

419 Tampoco obstaría la interpretación propuesta a la integración en el concepto de "ley" de la jurisprudencia interna constante de los máximos órganos jurisdiccionales nacionales, como el Tribunal Europeo ha hecho y enseguida veremos, si bien sin que ello suponga la consideración de dicha jurisprudencia como "ley" en el sentido del Convenio, incluso cuando pueda parecer una interpretación *contra legem*.

sea la más adecuada para realizar el objetivo y alcanzar la meta del Tratado"<sup>420</sup>.

El propio Tribunal, por si hubiera dudas, se ha encargado de precisar que, también en los países de tronco jurídico continental (por contraposición al sistema del *common law*), la jurisprudencia nacional puede constituir un fundamento "legal" suficiente conforme al Convenio<sup>421</sup>, si bien, por razón de otras exigencias contenidas en el concepto de "ley" según el Convenio (accesibilidad y precisión), ha de tratarse siempre de un "Derecho judicial" cuya existencia y alcance se haya desarrollado y haya sido reconocido en general a través de una jurisprudencia constante<sup>422</sup>. Y es que, a juicio del Tribunal, "sería un error exagerar la diferencia entre los países de *common law* y 'continentales' [...] La ley escrita (*statute law*) tiene también su importancia en los primeros. Y a la inversa, la jurisprudencia desempeña tradicionalmente un papel destacado en los segundos, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los jueces y tribunales". Prescindir de la jurisprudencia en los países continentales supondría socavar, afirma el Tribunal de Estrasburgo, el régimen jurídico propio de los mismos, "casi tanto" como lo sería excluir del concepto de "ley" al *common law*. En conclusión, "en un ámbito amparado por el Derecho escrito, la 'ley' es el texto en vigor tal como los tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica"<sup>423</sup>.

### C') Exigencias de accesibilidad y previsión

La ley ha de tener "cualidad material de ley". No basta, en efecto, con que la "ley" sea alguna de las normas consideradas y sea válida según el propio Derecho interno, sino que además ha de reunir dos exigencias subsumibles en la expresión "cualidad de ley" o "cualidad material de ley", y que vienen a complementar el concepto en principio formal de "ley" en la jurisprudencia de Estrasburgo: no basta, con ello, con una remisión formal al Derecho interno, sino que la ley ha de cubrir ineludiblemente otras dos exigencias para que se la pueda considerar una "ley" en el sentido del Convenio y como fundamento válido según el mismo para la limitación de un derecho. Estas dos exigencias son las conocidas como "accesibilidad" y "previsión". A cada una de ellas nos referimos por separado.

A) Accesibilidad: La "ley" o, por decirlo de un modo más comprensible para nosotros, la norma "tiene que ser lo suficientemente

---

420 STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §47.

421 El Tribunal decidió en contra de la mayoría de la Comisión y según el voto minoritario en la Comisión de Martínez y Soyer: la jurisprudencia del Tribunal francés de casación acerca de escuchas en el proceso penal permitía hablar de medidas "previstas por la ley". Moviéndose en el terreno del Derecho escrito, hay que entender por "ley" el texto en vigor de una norma tal y como es interpretado por los órganos jurisprudenciales a la luz de los nuevos desarrollos sociales o técnicos. SSTEDH de 24 de abril de 1990 (*Kruslin y Huvig*), §§28-29 y 27-28, respectivamente.

422 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., pp. 189 y 191.

423 SSTEDH de 24 de abril de 1990 (*Kruslin y Huvig*), §29.

accesible: el ciudadano tiene que disponer de informaciones suficientes, dadas las circunstancias, sobre las normas jurídicas aplicables a un determinado caso"<sup>424</sup>. Como nos dice Fernández Segado, "el Tribunal Europeo, como es obvio, resuelve acerca de esta condición a la vista de las circunstancias de cada caso concreto, si bien con una gran flexibilidad; para dar por cumplida esta condición le basta a la instancia europea con constatar que los demandantes dispusieron de antecedentes suficientes en las circunstancias de la causa sobre la existencia de la ley"<sup>425</sup>. El Tribunal ha entendido que esta condición de accesibilidad no resulta cubierta en el caso de normas, en concreto instrucciones y circulares, que no han sido publicadas (incluso cuando, como en el caso, las normas en cuestión puedan ser consultadas por los parlamentarios pero no sus destinatarios últimos, que eran los presos, ni menos todavía el público en general)<sup>426</sup>. Pero se reconoce, sin embargo, el poder normativo autónomo (en materia deontológica) de un colegio profesional, de forma que sus normas, pese a utilizar términos poco precisos, en cuanto que son accesibles y previsibles, pueden considerarse como "ley" a los efectos del Convenio<sup>427</sup>.

B) Precisión: La ley ha de ser precisa en su contenido. Para tener la cualidad de ley propia de un Estado de Derecho se exige por el TEDH que se trate, además, de "una norma expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta"<sup>428</sup> y pueda ser capaz, en su caso recabando asesoramientos autorizados, de "prever razonablemente, según sean las circunstancias, las consecuencias que pueda ocasionar una acción determinada"<sup>429</sup>, si bien —precisaría el

424 STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times c. Reino Unido*), §49; STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §66.

425 Francisco Fernández Segado, "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", REP, núm. 70, octubre-diciembre 1990, p. 106.

426 STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §87 y 26. Ahora bien, el TEDH sí tendrá en cuenta dichas normas (circulares e instrucciones) para averiguar si el requisito de la previsión se había respetado al aplicar el reglamento de prisiones, pero sólo "en la medida, ciertamente limitada, en que fueran conocidas por los interesados" (§88), con lo que se hace alusión al hecho de que se facilitaba a los presos "mediante anuncios fijados en las cédulas, informaciones sobre algunos aspectos de la fiscalización del correo" (§26) contenidos en dichas circulares e instrucciones. Véase, también, STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times c. Reino Unido*), §70.

427 STEDH de 25 de marzo de 1985 (*Barthold c. Alemania*), §46.

428 STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §88.

429 STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §66; STEDH de 24 de mayo de 1988 (*Müller y otros*), §29. Dicha predictibilidad existía en Irlanda para unas sociedades que asesoraban a las mujeres embarazadas sobre las posibilidades de abortar en Gran Bretaña respecto de la incoación de diligencias por dichas actividades y la emisión de un mandamiento judicial de cesación en esas actividades por cuanto que contribuían a la destrucción de vidas por nacer con desprecio al derecho constitucional a la vida de los no nacidos (garantizado expresamente por la Constitución) y existía esa previsibilidad atendiendo al elevado nivel de protección que el Derecho irlandés concede en general al no nacido, que permitía a las sociedades, rodeándose de asesores preparados, prever hasta un punto razonable dicha posibilidad, aunque no hubiese regulación legal expresa. STEDH de 29 de octubre de 1992 (*Open Door y Dublin Well Woman*), §§59-60.

TEDH en el caso *Sunday Times*— estas consecuencias no es preciso que se conozcan "con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de la situación. Así, muchas leyes se sirven, por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica"<sup>430</sup>. Ello se explica porque existe una "imposibilidad de llegar a una absoluta precisión en la redacción de las leyes, especialmente en campos en que los datos cambian según la evolución de las concepciones de la sociedad"<sup>431</sup>.

Por ello, muchas leyes, por la necesidad de evitar una excesiva rigidez o de adaptarse a los cambios de la situación, "no tienen más remedio que emplear términos más o menos vagos", tal y como ocurre, por ejemplo, con "los preceptos del Derecho Penal en materia de actos deshonestos"<sup>432</sup>. Y ése es el caso también, necesariamente, de la legislación sobre los casos en que la Administración debe hacerse cargo de un niño, pues las circunstancias que pueden exigirlo, o influir en la ejecución de esta medida, "son tan variables que sería difícil redactar una ley capaz de abarcar todas las posibilidades. Limitar la facultad de intervención de la Administración al caso en que el niño haya sufrido ya un daño suscitaría el peligro de debilitar la protección que necesita". Por ello, la normativa que dispone la intervención pública cuando la salud o el desarrollo de un niño están comprometidos o en peligro (sin exigir siquiera que se produzca un perjuicio real) resulta, pese a su generalidad o vaguedad, suficientemente precisa a los efectos del artículo 8 del Convenio siempre y cuando existan garantías de que el ejercicio de todas las facultades legales de la Administración con relación a esta cuestión puede ser fiscalizado por los tribunales, quienes podrán evitar así las injerencias arbitrarias<sup>433</sup>.

Estos casos permiten al Tribunal europeo sentar, con carácter general, la doctrina de que "la ley que confiere una facultad discrecional no falta por esto al requisito de previsible si precisa su alcance y la manera de

---

430 STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §49. También en la STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver*) se reconocerá "la imposibilidad de llegar a una certeza absoluta al redactar las leyes y el peligro de que la preocupación por lograrla produzca una rigidez excesiva", consideraciones que tienen especial importancia con relación "a la criba, en el ámbito específico de la cárcel, de alrededor de diez millones de objetos de correspondencia al año", lo que exige ineludiblemente dejar un cierto margen de discrecionalidad a las autoridades, pues "no sería posible redactar una ley que tuviera en cuenta las posibilidades" (§88).

431 STEDH DE 24 de mayo de 1988 (*Müller*), §29.

432 STEDH DE 24 de mayo de 1988 (*Müller*), §29. El Tribunal considera, en concreto, que un tipo penal referido a la publicación de objetos "obscenos" no carece de la previsibilidad necesaria para que esa restricción a la libertad de expresión pueda considerarse "prevista por la ley" en el sentido del Convenio, especialmente teniendo en cuenta la existencia de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Federal suizo en un conjunto de resoluciones que habían sido objeto de publicación y completaban los términos literales del Código Penal en este aspecto.

433 STEDH de 24 de marzo de 1988 (*Olsson*), §62.

utilizarla con suficiente claridad, teniendo en cuenta la legítima finalidad perseguida, para proporcionar al individuo la adecuada protección frente a una injerencia injusta". Parece deducirse con claridad de la jurisprudencia sentada por el TEDH en los casos *Gillow* y *Olsson* que, en cualquier caso, las facultades discrecionales han de estar sujetas a fiscalización por los Tribunales, no bastando con que la ley fije el alcance de las mismas<sup>434</sup>.

A juicio del TEDH, tanto la noción de previsibilidad —que ahora abordamos— como la de accesibilidad —que hemos ya abordado en el subapartado anterior— dependen en gran medida del contenido del texto en cuestión, del campo que cubra<sup>435</sup> y del número y la condición de sus

434 STEDH de 24 de marzo de 1988 (*Olsson*), §61; STEDH de 24 de noviembre de 1986 (*Gillow*), §51: "Una ley que otorga una facultad discrecional no desconoce, por esta mera característica, el requisito de la posible previsión, con tal que se precise con suficiente claridad el alcance de la discrecionalidad y el modo de ejercitarla, teniendo en cuenta la legítima finalidad perseguida, para proporcionar a la persona la adecuada protección contra una actuación arbitraria".

435 El TEDH ha precisado que "las exigencias del Convenio, especialmente en la previsión, no pueden ser exactamente las mismas en la interceptación de las comunicaciones para las necesidades de las investigaciones de la policía que cuando la ley de que se trate se proponga establecer limitaciones a la conducta individual" (libertad de expresión o de correspondencia): STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §67. En particular, dirá el TEDH, con respecto a esta limitación consistente en la interceptación de las comunicaciones, la exigencia de previsión o previsibilidad "no quiere decir que permita a cualquiera prever si, y cuándo, sus comunicaciones corren el riesgo de interceptarse por las autoridades para que pueda acomodar su conducta en consecuencia", precisión ésta obvia y que se deriva de la propia naturaleza de las medidas de que se trata, pues "las exigencias del Convenio, especialmente en la previsión, no pueden ser exactamente las mismas en la interceptación de las comunicaciones para las necesidades de las investigaciones de la policía que cuando la ley de que se trate se proponga establecer limitaciones a la conducta individual": STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §67. Ahora bien, precisamente porque, como en un momento precedente reconoce el Tribunal, "el peligro de la arbitrariedad aparece especialmente cuando las facultades de la Administración se utilizan secretamente", en el caso de limitaciones al derecho a la vida privada y a la correspondencia consistentes en interceptación de las comunicaciones, la "ley" debe, por lo menos, "emplear términos lo suficientemente claros para que puedan conocer todos en qué circunstancias, y mediante qué requisitos, permite el Poder Público hacer uso de esta medida secreta y posiblemente peligrosa, que afecta al derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia": STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §68. Y es que si, por un lado, "la ley que concede una facultad discrecional debe fijar su alcance" —aunque "no sea necesario incluir en ella el detalle de las normas y procedimientos que hayan de tenerse en cuenta"— y, por otro lado, "el grado de precisión que se exige a la 'ley' depende de la materia de que se trate", parece que la exigencia de precisión se intensifica (aunque el TEDH no lo diga así expresamente) respecto "de las medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones" de que se trataba en el caso *Malone* y que no estaban sometidas "ni a la fiscalización de los interesados ni a la pública": "la ley debe determinar el alcance y las modalidades de ejercicio de semejante facultad con suficiente claridad —teniendo en cuenta la legítima finalidad que se persigue— para facilitar así al individuo la adecuada protección contra la arbitrariedad" (STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §68). Y entenderá el TEDH, en concreto, que no cumplen esta exigencia mínima de previsibilidad las normas en que se basaba esa interceptación de

destinatarios<sup>436</sup>, por lo que pudo dicho Tribunal considerar una determinada "ley", pese a su carácter extremadamente técnico y complejo, como suficientemente accesible en la medida en que sus destinatarios poseían la preparación técnica adecuada<sup>437</sup> o en la medida en que sus destinatarios, con ayuda en su caso de asesores, podían saber acceder a esas normas<sup>438</sup>. Con ello, como Muñoz Arnau señala, se sienta un criterio

---

comunicaciones en el Derecho inglés y galés, dada su oscuridad, ambigüedad y amplia discrecionalidad en favor de la Administración. Entiende el TEDH, en efecto, que el Derecho interno no "expresaba los elementos fundamentales de dicha facultad con razonable precisión, en normas jurídicas asequibles que señalen suficientemente el alcance y las modalidades del ejercicio de la facultad discrecional atribuida a las autoridades competentes", sino que se trata de un Derecho, cuando menos, "bastante oscuro y [que] permite distintas interpretaciones", sin que se pueda precisar, "con la seguridad que sería deseable, hasta qué punto la facultad de interceptación se ha incorporado a las normas legales y en qué medida depende todavía discrecionalmente de la Administración". Por todo ello, "falta el grado mínimo de protección legal exigido por la supremacía del Derecho en una sociedad democrática". STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §79. En otro caso, se dirá que, en la medida en que lo procedimientos técnicos de las escuchas telefónicas son cada vez más sofisticados, la "ley" debe tener una precisión particular, que no se da cuando no se prevé con el grado suficiente de detalle exigido por la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática el sentido y naturaleza de las medidas aplicables (SSTEDH de 24 de abril de 1990 (*Krusling y Huvig*), §§33 y 35: "Las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las comunicaciones son un grave ataque a la vida privada y a la correspondencia. Por consiguiente, deben fundarse en una 'ley' de singular precisión. Es indispensable que las normas que las regulen sean claras y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente"; deben precisar "con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia". Ello no ocurre cuando "por ejemplo, no se define a quiénes se puede someter a una intervención telefónica ni la naturaleza de los delitos que la justifiquen;" o "el juez no tiene obligación de fijar un límite a la duración de la medida; no se puntualizan las condiciones para levantar las actas en que se recojan las conversaciones interceptadas, ni las precauciones exigibles para comunicar, intactos y completos, los correspondientes registros para su posible inspección por el Juez —que difícilmente podrá comprobar sobre el terreno el número y la extensión de las cintas magnéticas originales— y por la defensa, ni las circunstancias en que se pueda o se deba borrar o destruir dichas cintas, en particular cuando se retira la acusación o se absuelve al acusado"). Parece que de esta jurisprudencia puede deducirse que cuando las injerencias autorizadas en un derecho sean injerencias graves, esto es, de especial intensidad, es exigible un grado correlativamente superior en la precisión de la norma ("ley de singular precisión").

436 STEDH de 28 de marzo de 1990 (*Groppera radio y otros*), §68.

437 STEDH de 22 de mayo de 1990 (*Autronic AG*), §57.

438 STEDH de 28 de marzo de 1990 (*Groppera Radio AG y otros*), §68. Se trataba del caso de dos reglamentaciones sobre Telecomunicaciones, un Convenio Internacional publicado en recopilaciones oficiales nacionales y un Reglamento no publicado, dada su extensión de más de mil páginas, aunque la recopilación oficial informaba de los medios para consultarlo (en la Dirección General competente) o conseguirlo (adquisición en la Unión Internacional de Telecomunicaciones); el reglamento tenía, además, una habilitación legal en blanco y contenía disposiciones técnicas de desarrollo del Convenio. Estas normas, dice el Tribunal, "se dirigían ante todo a los especialistas que, gracias a las informaciones facilitadas por la Recopilación Oficial, sabían cómo conseguir las. Podía, por tanto, esperarse que una sociedad



acertado, en particular en cuanto que se refuerzan las exigencias de la previsibilidad y accesibilidad cuanto mayor sea el número de destinatarios, pues entonces, dado que cabe pensar en una desigualdad en la capacidad para entenderla, parece razonable obligar al legislador a una mayor claridad y a un esfuerzo para hacer posible la accesibilidad por parte de los ciudadanos. "Esto supone un esfuerzo pedagógico —si es posible hablar así— y contribuye a una mayor integración del ciudadano"<sup>439</sup>.

Por otra parte, la exigencia de previsibilidad y certeza viene referida no tanto al concreto precepto de que se trate en sí mismo considerado, como a la interpretación que al mismo le han venido dando los tribunales nacionales encargados de su aplicación. Y así, el *secuestro*, sin destrucción, de unos cuadros considerados obscenos con base en un precepto penal —y por tanto, se supone que sujeto a una interpretación especialmente estricta— que castiga la publicación de objetos obscenos y prevé su *destrucción* (y no su *secuestro*), no resulta una medida que no esté prevista por la ley cuando existe una jurisprudencia firme ("de fácil conocimiento por el público y seguida por los tribunales inferiores") que mitiga el rigor del precepto<sup>440</sup>.

#### D') Los límites derivados de la cláusula general de policía

Queda, por último, por examinar la cuestión de la llamada "cláusula general de policía", esto es, la cuestión de si pueden ser

mercantil deseosa de ejercer una actividad más allá de la frontera buscarse, con ayuda si era necesario de sus asesores, una completa información sobre las normas aplicables. Ello se explica sólo por el carácter extremadamente técnico, en desarrollo de lo establecido en el Convenio, del Reglamento.

439 Juan Andrés Muñoz Arnau, *Los límites de los derechos fundamentales...*, pp. 74-75.

440 Esta era la problemática planteada en el caso *Müller*. Se trataba, en concreto, del caso de objetos obscenos que tienen "interés desde el punto de vista cultural y son de difícil o imposible sustitución", y respecto de ellos la jurisprudencia helvética admitía que se procediese a tomar cualesquiera "medidas que los tribunales considerasen esenciales para retirarlos de la vista del público en general". Entendía el Tribunal Federal suizo que para considerar "destruidas" esas obras en el sentido exigido por la norma penal de referencia bastaba con enviarlas a un museo, cuyo conservador tendría la obligación de ponerlas tan sólo a disposición de un círculo restringido de auténticos especialistas que se interesaran únicamente por su aspecto artístico o cultural y no por su representación ofensiva desde el punto de vista de la moral social. El Tribunal de Estrasburgo, por su parte, se limita a constatar cómo, en la fecha de autos, se consideraba desde hacía años por esa jurisprudencia el secuestro "como el procedimiento adecuado a estos efectos" y el que, por ello mismo, "se empleaba, por lo general, para dicha finalidad" (retirarlos del público). Así, el secuestro de los objetos obscenos, pese a que la norma legal se refería sólo a su destrucción, puede entenderse "previsto por la ley" en la interpretación que a ésta ha dado la jurisprudencia. Resulta, de este modo, que la jurisprudencia en torno a un precepto puede entenderse como complementadora de su contenido, dotándolo de la precisión exigible que de otro modo no tendría, incluso cuando la interpretación jurisprudencial se mueve, como en el caso aludido, en el ámbito *extra legem*, si es que no simplemente *contra legem* y además con referencia a una ley penal. Cfr. STEDH de 24 de mayo de 1988 (*Müller*), §38.

admisibles restricciones a la libertad que no partan de un fundamento legal expreso, sino meramente de la no-escrita cláusula general de policía. Wildhaber y Breitenmoser entienden que, al margen siempre de la aplicación del artículo 15 (cláusula de necesidad) pueden justificarse intervenciones en el derecho del artículo 8 sin fundamento legal, pero sólo para la defensa de peligros directos y graves para importantes bienes jurídicos (defensa proporcional), lo que se puede apoyar en la cláusula general de policía, del mismo modo que ha reconocido el Tribunal, como fundamento legal suficiente, al Derecho no escrito con relación a los principios de *common law* en el Derecho anglosajón o también al Derecho judicial y consuetudinario en el sistema jurídico continental europeo<sup>441</sup>.

Esta postura no nos parece de recibo. Ya hemos dicho que, con relación a los derechos que, como los del artículo 8 a que los citados autores se refieren, tienen una regulación expresa en el Convenio, el artículo 18 excluye de modo categórico cualquier limitación adicional. Pero incluso si entendemos que con la referencia a la cláusula general de policía no se pretende ampliar las causas de restricción de los derechos con regulación expresa de sus límites en el CEDH, ni siquiera la de los demás derechos del Convenio, sino simplemente admitir como "prevista por la ley" una restricción con fundamento en la cláusula general de policía, tal propuesta nos parece rechazable. En realidad, de admitirse, vendría a ser una burla, a secas, de la exigencia de que las restricciones a los derechos fundamentales estén "previstas por la ley", por mucho que se quiera circunscribir su ámbito de aplicación a los supuestos de peligros directos y graves para bienes jurídicos relevantes a apreciar mediante un control de la proporcionalidad. La única situación de peligro que tiene en cuenta el Convenio es la prevista en el artículo 15 (peligro público para la vida de la nación), que permite entonces la suspensión de algunos derechos. En todos los demás casos, cualquier restricción a un derecho, si pretende ser legítima, y entre otras condiciones, ha de estar "prevista por la ley". La cláusula de policía, residuo histórico de los sistemas absolutistas, no puede pretender tener ninguna validez, por mucha que sea su vigencia en el Derecho administrativo de algunos países europeos, respecto de los derechos fundamentales, que le son resistentes. Ésta es, desde luego y en lo que ahora importa, la solución en el marco del CEDH. La cláusula de policía no sólo es Derecho no escrito, sino que, sobre todo, es un Derecho que no reúne las características ni de accesibilidad ni de previsibilidad que el TEDH exige, dada su intrínseca vaguedad y generalidad.

---

441 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 200. Por ejemplo, un registro policial efectuado sin fundamento legal sólo puede justificarse para la defensa de peligros directos y graves, y no en general en el marco de la actividad usual de la policía judicial para la aclaración de las infracciones legales y para el aseguramiento de material de prueba. La cláusula de necesidad del artículo 15, por su parte, permanecería para los casos de perturbaciones graves o para evitar peligros muy graves que amenacen directamente al orden público, que permite a los Estados adoptar medidas urgentes y temporalmente limitadas para la protección de bienes jurídicos fundamentales.

### **E') Privaciones de la propiedad previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional**

Una particular referencia merece en este contexto el derecho de propiedad, pues el artículo 1 del Protocolo número 1 CEDH, al regular las privaciones legítimas del mismo (con referencia a la expropiación, no a la regulación del uso de los bienes del párrafo 2º), exige que las mismas se realicen "en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional". Ello plantea una problemática particular.

El TEDH ha interpretado esta remisión al Derecho internacional en el sentido de que sólo es de aplicación a los extranjeros y no a los nacionales pues, aunque una interpretación exclusivamente gramatical (el inciso inicial del precepto comienza diciendo: "Nadie ...") podría llevar a otra conclusión, lo cierto es que los principios a que se remite el precepto sólo se aplican normalmente a los actos de un Estado en relación a los extranjeros, para los que han sido específicamente concebidos como tales, pues los principios generales de Derecho internacional no regulan la manera con que los Estados tratan a sus propios súbditos<sup>442</sup>.

Además, subraya el Tribunal, el mismo precepto exige que las privaciones de la propiedad se deban a causa de "utilidad pública", y esta exigencia sería superflua si los principios generales del Derecho internacional fuesen efectivamente de aplicación a los nacionales, pues entre esos principios se incluye desde siempre la exigencia de que las privaciones de la propiedad sean por causa de utilidad pública<sup>443</sup>. Los trabajos preparatorios confirman claramente esta interpretación<sup>444</sup>. Ello no supone una discriminación de los extranjeros respecto de los nacionales por cuanto que tal diferenciación tiene una "justificación objetiva y razonable". En efecto, "en el caso de la privación de propiedad efectuada por una reforma social, pueden concurrir serios motivos para establecer diferencias, en materia de indemnizaciones, entre nacionales y extranjeros". Éstos son más débiles que aquellos ante la legislación interna; y, a diferencia de los ciudadanos del país, no participan generalmente en la elección o designación de los legisladores ni son consultados antes de la aprobación de las disposiciones. Más aún, aunque la expropiación debe justificarse siempre con la utilidad pública, pueden entrar en juego factores distintos para los nacionales y los extranjeros; y pueden existir razones para pedir que los primeros soporten, por interés general, una carga mayor que los segundos<sup>445</sup>.

442 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §§60 y 61; STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*), §§113 y 114.

443 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §62; STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*), §115.

444 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §64; STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*), §117.

445 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §63; STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*), §116.

**E) Finalidades legítimas****A') Generalidades**

Como ya se ha señalado, los derechos reconocidos por el CEDH no son derechos absolutos o ilimitados, sino derechos sujetos a limitaciones en su ejercicio. Con relación a los derechos en que se viene a reconocer por parte de la Convención una frecuente y necesaria intervención del Estado, el CEDH ha procurado delimitar al máximo esa intervención y para ello, entre otras condiciones, se fijan unas finalidades taxativas, que varían para cada derecho, y que son las únicas que permiten justificar una limitación de los derechos reconocidos (sistema de *numerus clausus*). El propio TEDH ha exigido, para toda intervención en un derecho garantizado por la CEDH, la existencia de una finalidad que la justifique como limitación legítima.

Las finalidades previstas por el Convenio, como hemos dicho, son diversas para cada derecho y, además, son de gran amplitud y vaguedad: orden público, seguridad pública, prevención del delito, seguridad nacional, bienestar económico del país, protección de la salud, protección de la moral, los derechos y libertades o reputación de otros, la prevención de la revelación de información recibida confidencialmente y el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial.

En cuanto que tales finalidades legítimas son diversas para cada derecho, es claro que una determinada medida restrictiva de un derecho fundamental sólo puede resultar legitimada en virtud del Convenio cuando persiga una de las finalidades consideradas legítimas por el propio CEDH para ese concreto derecho, nunca en virtud de una finalidad prevista para otros derechos. Así, el "bienestar económico del país" puede operar como finalidad legítima limitadora del derecho del artículo 8, pues se haya en el propio artículo previsto como finalidad legítima, pero no como límite de la libertad de expresión pues para ésta no aparece tal finalidad prevista en el artículo 10.2 CEDH.

No obstante, ello resulta un tanto relativizado en virtud de la amplitud, generalidad e incluso vaguedad con que aparecen previstos los intereses que justifican una limitación de los derechos. Ello hace que la mayoría de las limitaciones pueda, en realidad, justificarse bajo una u otra finalidad, hablándose al respecto de una "alternatividad de los objetivos de las limitaciones"<sup>446</sup>. Por ello mismo, tanto la Comisión como el propio TEDH sólo en raras ocasiones han intentado definir el ámbito particular de una de estas finalidades legítimas, centrándose más bien en examinar si la intervención es o no necesaria en una sociedad democrática.

Además, en la jurisprudencia del TEDH se observa con toda claridad que sólo en raras ocasiones se detiene el Tribunal a examinar pormenorizadamente si la intervención sigue una finalidad legítima. Por lo

---

446 Así, Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 206. Ello se debe a tres razones: la invocabilidad simultánea de varios de estos objetivos, la variedad de problemas en un mismo caso, y el amplio margen de discrecionalidad permitido a los Estados en la apreciación de estas finalidades tan abiertas y amplias.

general, basta un somero análisis para que el Tribunal estime que la interferencia en el derecho cae bajo una de las finalidades legítimas según el Convenio o bajo varias de ellas; es decir, por lo general lleva el Tribunal a cabo en este ámbito simplemente un "control de evidencia", por así decirlo. El TEDH utiliza con frecuencia, por lo demás, de manera combinada las distintas finalidades. Pese a todo ello, se trata sin duda de una fase necesaria en el examen por el TEDH de una intervención en los derechos fundamentales y de un requisito cuya concurrencia debe ser comprobada para que la intervención pueda ser considerada conforme al Convenio. Es más, según Wildhaber y Breitenmoser, es posible afirmar que el margen de apreciación en la fijación de un objetivo u otro para las limitaciones no es siempre igual: cuando se trata de un objetivo respecto del cual existe un *estándar* europeo mínimo, tanto los objetivos como la necesidad son sometidos a un escrutinio estricto por el TEDH; cuando dicho *estándar* mínimo no existe, por no existir en el Derecho nacional de los restantes Estados miembros un objetivo para la limitación comparable o no se puede probar un *estándar* europeo, entonces el control es menos estricto<sup>447</sup>.

Por otra parte, y a pesar de esta alternatividad de las finalidades, su amplitud y la relativización del sistema de *numerus clausus* por medio del examen de si las medidas están "previstas por la ley" y son "necesarias en una sociedad democrática"<sup>448</sup>, es preciso y conveniente referirse, siquiera sumariamente, a cada una de ellas, por más que su más exacta determinación y delimitación sea difícil<sup>449</sup> pues, lejos de ser compartimentos estancos, existe entre ellas una profunda interconexión. Es de destacar, no obstante, que no faltan casos en que, pese a la alegación por el Gobierno demandado de una o incluso varias finalidades combinadamente, basta al Tribunal Europeo la estimación de que la medida enjuiciada no responde a ninguna de esas finalidades para rechazarla como contraria al Convenio, sin llevar a cabo ya ningún examen de proporcionalidad.

Así, en el caso *Golder*, respecto de una medida por la que se impedía al señor Golder, en situación de prisión provisional, establecer contacto con un abogado por cualquier conducto (y, por consiguiente, por correspondencia), el Gobierno invocó, como finalidades perseguidas por la medida, la "defensa del orden, la prevención del delito y hasta un cierto punto la seguridad pública y la protección de los derechos y libertades de los demás". Pues bien, el Tribunal respondería a estas pretensiones con toda claridad en los siguientes términos: "Incluso teniendo en cuenta la facultad de libre estimación conferida a los Estados parte, el Tribunal no

---

447 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 208.

448 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 209. Aunque el examen de la proporcionalidad y la prohibición de exceso hacen "perder en importancia" al sistema de *numerus clausus*, también permite la especificación de algunos valores individuales y colectivos como bienes jurídicos legitimadores de la intervención y limitación de los derechos fundamentales.

449 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., pp. 217.

entiende por qué dichos imperativos, tal como han de ser entendidos 'en una sociedad democrática', obligarían al Ministro a impedir al demandante la correspondencia con un abogado para iniciar un procedimiento contra Laird. Señala de nuevo el Tribunal que el señor Golder pretendía excusarse de una acusación interpuesta por dicho funcionario en el cumplimiento de sus funciones y relativa a un incidente ocurrido en prisión. En dichas condiciones, podía legítimamente pretender escribir a un abogado"<sup>450</sup>, fueran cuales fueran sus posibilidades de éxito ante los Tribunales.

En relación a los límites implícitos, a admitir en los términos ya vistos, es claro que también ellos han de responder a una finalidad legítima, pero que en su caso tal finalidad no aparece, obviamente, prevista de un modo expreso en el Convenio. Ello, naturalmente, no supone que no deban responder a una finalidad legítima según el Convenio. Naturalmente que ha de ser así, sólo que no existirá una lista tasada de finalidades legítimas y deberán ser, en último término, los órganos del Convenio los que, respetando el margen de apreciación que corresponda al Estado en cada caso, valoren si una determinada finalidad es legítima, aparte ya su proporcionalidad. Con respecto de ellos, parece que, dada su naturaleza especialmente excepcional, se impone una apreciación rigurosa de la finalidad buscada. Esta falta de previsión de finalidades específicas legitimadoras de las restricciones se da, en particular, de modo expreso en copiosa jurisprudencia, con relación al derecho a la no discriminación, con respecto al cual una previsión al respecto no parece viable, así como con relación al derecho al matrimonio.

## **B') Las finalidades legítimas en particular**

### **a.- La protección de la moral**

Entiende el TEDH que ni en el Derecho interno ni en las sociedades de los diversos Estados contratantes puede hallarse una noción "europea" uniforme de la moral, sino que "la idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio"<sup>451</sup>, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la 'necesidad [...] de una restricción o sanción'

---

450 STEDH de 21 de febrero de 1975 (*Golder*), §43.

451 Y, así, el Tribunal admitirá que un mandamiento judicial irlandés de prohibición a unas sociedades de realizar actividades de asesoramiento a embarazadas sobre las posibilidades de aborto en Gran Bretaña puede ser una medida dirigida a proteger la moral puesto que la protección que el Derecho irlandés dispensa al derecho a la vida del no nacido se funda en unos profundos valores morales sobre la naturaleza de la vida, compartidos por la mayoría del pueblo irlandés. STEDH de 29 de octubre de 1992 (*Open Door y Dublin Well Woman*), §63.

destinada a dar una respuesta a ello"<sup>452</sup>, gozando para ello los Estados contratantes de un margen de apreciación que no implica, sin embargo, "un poder ilimitado"<sup>453</sup>. El examen por el Tribunal acerca de si una medida persigue esta finalidad no le obliga, sin embargo, "a efectuar ningún tipo de juicio valorativo sobre la moralidad"<sup>454</sup>.

Sienta, de este modo, el TEDH la doctrina de que no es posible fijar un concepto o contenido europeos uniformes de la moral que sean de aplicación a todos los Estados firmantes del CEDH, sino que corresponde, en línea de principio, a los Gobiernos nacionales fijar las exigencias de la moral en su ámbito territorial, para lo cual gozan, como se ha ya visto, de un amplio margen de apreciación. Pero siendo este margen amplio, ello no excluye un control de las correspondientes instancias europeas sino que sólo presupone, más bien, un control menos intenso que en otros supuestos<sup>455</sup>.

Por otra parte, debe indicarse que el TEDH ha considerado "artificial [...] marcar una distinción rígida entre la 'protección de los derechos y libertades de los demás' y la 'protección de la moral'. Esta

452 STEDH de 7 de diciembre de 1956 (*Handyside*), §48; STEDH de 24 de mayo de 1988 (*Müller*), §35: "Reconoce el tribunal [...] que las concepciones de la moral sexual han cambiado en estos últimos años" (§36). STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §52.

453 STEDH de 7 de diciembre de 1956 (*Handyside*), §49.

454 STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §54.

455 Más en concreto, en el caso *Handyside*, el TEDH considera, con respecto a las medidas enjuiciadas de intervención en el derecho fundamental, que las leyes en que las mismas se basaban tenían como finalidad "combatir las publicaciones obscenas, definidas por su tendencia para 'depravar y corromper'". Esta sentencia se refería, más en particular, a un libro, de origen noruego, publicado por una editorial inglesa bajo el título *The little red schoolbook* (*El pequeño libro escolar rojo*) que "contenía esencialmente informaciones de hecho, por lo general exactas y con frecuencia útiles", pero que "no obstante, encerraba igualmente, sobre todo en la sección referente a la sexualidad y en la subsección 'Be yourself' del capítulo relativo a los alumnos, [...] frases o párrafos que los jóvenes que atraviesan una fase crítica de su desarrollo podrían interpretar como impulsándoles a entregarse a experiencias precoces o dañinas para ellos o, incluso, a cometer algunas infracciones penales [...] En tales condiciones, a pesar de la diversidad y la evolución constante de las concepciones éticas y educativas en el Reino Unido, los jueces ingleses competentes tenían derecho a pensar, en el ejercicio de su poder de apreciación, que el *schoolbook* podría tener efectos perniciosos sobre la moral de muchos niños y adolescentes que lo leyeran". Es preciso destacar que, para llegar a esta conclusión, y según confesión expresa, "el Tribunal concede particular importancia a una circunstancia [...]: el destino del *schoolbook*", que se dirigía primordialmente a niños y adolescentes de doce a dieciocho años aproximadamente y que, además, al estar "redactado en un estilo libre, directo y concreto, era fácilmente accesible, incluso, a niños menores de los citados" y tenía un título "que permitía pensar que se trataba de alguna especie de manual escolar". Es lícito además que, en un caso como este, el secuestro (previsto análogamente en otros Estados contratantes) se extienda a todos los libros editados y no sólo a uno o varios ejemplares (para que sirvan como "piezas de convicción"): "la policía tenía buenas razones para intentar hacerse con todo el 'stock' para proteger a la juventud, a título provisional, contra un daño moral sobre cuya existencia debía decidir un juez". STEDH de 7 de diciembre de 1956 (*Handyside*), §§ 52-53.

última implica la protección del *ethos* moral o de los estándares éticos de la sociedad en su conjunto [...] pero puede también, como el propio Gobierno señaló, extenderse a la protección de intereses morales y del bienestar de una fracción concreta de la sociedad, por ejemplo, los escolares [...] Por ello, la 'protección de los derechos y libertades de los demás', cuando se entiende como salvaguardia de los intereses morales y del bienestar de determinados sujetos o clases de sujetos que necesitan una especial protección por razones tales como su falta de madurez, incapacidad mental o estado de dependencia, lleva en sí misma su aspecto de la protección de la moral"<sup>456</sup>. Con ello, se entiende que la moral puede estar orientada no sólo a la protección general o global de unos determinados intereses de relevancia moral, sino también a proteger unos determinados bienes jurídicos relacionados con la moral pero sólo con respecto a un determinado grupo de personas, y muy en especial, la juventud y la infancia. Y en este último supuesto, es claro que no sólo se protege *objetivamente*, por así decirlo, la moral, sino que también se protegen los derechos y libertades de los miembros del grupo en cuestión<sup>457</sup>. También es frecuente, digamos por último, la utilización conjunta de esta finalidad con la de protección de la salud<sup>458</sup>.

#### **b.- Defensa del orden y prevención del delito**

Es obvio que, cualquiera que sea su designación, en todo Estado existe un "orden público interno", con el que se alude no sólo a la seguridad pública, sino, más en general, al conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico, dotándolo de su esencia, en un momento dado. Pero junto a este orden público interno existe también un orden público internacional y, por lo que aquí interesa, un "orden público europeo" de relevancia para la aplicación del CEDH, en particular en cuanto opere como límite de los derechos reconocidos en el Convenio.

---

456 STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §47.

457 Así, en el caso *Müller* entendería el Tribunal que el artículo 204 del Código Penal helvético, al tipificar la publicación de objetos obscenos, pretendía proteger la moral pública, pero también, en cierta medida, los derechos ajenos, con respecto de los cuales guarda la moral pública "un lazo natural". Más en concreto, y con relación a la sanción penal por la exhibición para el público en general de unos cuadros que representaban relaciones sexuales —unas exclusivamente humanas pero también (y sobre todo) otras zoofílicas—, entenderá el TEDH que "los tribunales suizos, teniendo en cuenta las circunstancias y el margen de apreciación que les dejaba el artículo 10.2, tenían derecho a considerar 'necesaria' para la protección de la moral la imposición a los demandantes de una multa" (STEDH de 24 de mayo de 1988 (*Müller y otros*), §36). Con todo, debe señalarse que, en la decisión del tribunal, parecen pesar sobre todo dos circunstancias: por un lado, el hecho de que la exposición fuera abierta a todo el público y, muy en particular, sin límite de edad (STEDH de 24 de mayo de 1988 (*Müller y otros*), §36); y por otro lado, el hecho de que en esos cuadros se diese realce a la sexualidad "en alguna de sus formas más crudas", con lo cual se hería la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal.

458 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 224.



Este último concepto de "orden público europeo" tiene necesariamente que ser un concepto autónomo respecto de los variables conceptos de "orden público" en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, pues ha de ser un concepto que se superponga a todos ellos por encima de sus semejanzas y diferencias. Sin embargo, no es posible determinar con toda exactitud su preciso contenido por el carácter ya de por sí vago y relativo del propio concepto y la realidad a la que alude, así como por la utilización, frecuente por lo demás, que del mismo ha realizado el TEDH.

Es importante también destacar la especialmente intensa relación que existe entre la defensa del orden y la prevención del delito. La versión francesa de los artículos 8, 10 y 11 del Convenio contempla estas finalidades como cumulativas, pero la versión inglesa utiliza una alternativa "o" y el Tribunal va a entender que la versión inglesa parece proporcionar una guía más segura<sup>459</sup>.

Algunos autores sostienen que la alegación de la "defensa del orden" Con relación a las perturbaciones de la paz pública es inadmisibile, debiendo alegarse más bien la "prevención del delito". La "defensa del orden" debería entenderse como reserva-recepción (*Auffangvorbehalt*) para la protección de instituciones (por ejemplo, prisiones, ejército, administración de justicia, funcionariado, libre profesión), advirtiendo del riesgo de que, de otro modo, esta finalidad pueda desnaturalizarse en una "reserva total" y utilizarse para facilitar la persecución de una determinada política o para elevar sin ponderadas razones la eficacia administrativa a costa de los derechos del hombre<sup>460</sup>.

Pero lo cierto es que no puede encontrarse en la jurisprudencia del TEDH una clara separación entre las dos finalidades estudiadas aquí. Ocurre, además, que ambas finalidades se relacionan, a su vez, con otros objetivos limitadores, especialmente la seguridad nacional, los derechos y libertades de los demás, la protección de la salud y la de la moral<sup>461</sup>. La utilización de esta finalidad de "defensa del orden" combinada con otras es, sin duda, resultado de la inevitable superposición entre ellas, dada su generalidad, aunque quizás sea también fruto, como pretende algún autor, de la necesidad sentida por el Tribunal de evitar producir la impresión de que la finalidad de "defensa del orden" es una reserva general de orden público, aunque el propio Tribunal, ante la necesidad latente de la utilización de una amplia reserva de orden público, vendría a construirla sobre la base de la remisión combinada a la finalidad de "defensa del orden" junto a otras finalidades legítimas<sup>462</sup>. En todo caso, la propia utilización combinada de estas finalidades pone de relieve la importancia sólo relativa de una exacta determinación de sus respectivos ámbitos de aplicación y de su delimitación, aparte ya de su escasa significación, en

---

459 Así, con relación al artículo 10, en STEDH de 8 de junio de 1976 (*Engel*), §98.

460 Christoph Engel, "Der Ordnungsvorbehalt in der Schranken der EMRK", *SchwJIR*, núm 46, 1989, pp. 56 ss. y 90-91.

461 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., pp. 215 y 219-220.

462 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 217.

términos generales, en el conjunto del proceso de examen de las limitaciones a los derechos frente a otras exigencias y, en particular, a la previsión legal y a la necesidad en una sociedad democrática.

Sea como sea, nos referimos a continuación a algunos supuestos en que el TEDH ha entendido que las medidas enjuiciadas perseguían las finalidades aquí analizadas, bien sea las dos conjuntamente, bien sea una de ellas<sup>463</sup>: a) La defensa del orden y la prevención del delito justifican, según el Tribunal europeo, medidas de vigilancia policial cuando se sospecha que una persona está vinculada a una organización criminal peligrosa para una sociedad democrática o para el orden público<sup>464</sup>; b) Esas mismas finalidades legitiman la existencia de una legislación que permita interceptar las comunicaciones para ayudar a la policía judicial en el cumplimiento de su misión, pues dichas medidas pueden resultar indispensables a partir del aumento de la delincuencia, en especial de la organizada, la creciente habilidad de los delincuentes y la facilidad y la rapidez de sus movimientos<sup>465</sup>; c) Sin embargo, no pueden estas finalidades justificar una limitación de la libertad de expresión cuando las propuestas que se formulan a través de ésta se hacen en el seno de un debate democrático aunque contengan reivindicaciones independentistas o antinucleares<sup>466</sup>; d) La defensa del orden en el ejército y la disciplina necesaria para su funcionamiento legitiman limitaciones particulares a la libertad de expresión<sup>467</sup>; e) Una medida de expulsión del territorio de un Estado puede ser justificada por razones de mantenimiento del orden<sup>468</sup>; f) Las restricciones a la libertad de entrar y salir de viaje pueden justificarse por razón de prevención del delito<sup>469</sup>; g) Estas finalidades pueden justificar injerencias más amplias con respecto a un preso ya condenado<sup>470</sup>, o en relación a una persona detenida preventivamente contra la cual acabe de

---

463 Aunque nos refiramos a los rasgos esenciales condicionantes de cada caso, es aquí especialmente necesario destacar que, para entender cada uno de los supuestos reflejados en el texto, es preciso atender a todas las circunstancias que se daban en el caso concreto. Por tanto, debe darse a la lista sólo un valor relativo y *ad exemplum*. Es innecesario recordar, por otra parte, que se trata de casos en que la finalidad perseguida por la injerencia es legítima, pero sin que ello suponga que la injerencia en sí misma sea legítima, pues muchas de ellas no pasaron el test de la necesidad en una sociedad democrática, proporcionalidad incluida.

464 STEDH de 22 de febrero de 1994 (*Raimondo*), §39.

465 STEDH de 27 de octubre de 1983 (*Malone*), §81.

466 STEDH de 27 de abril de 1995 (*Piermont*), §§73, y 76-77.

467 STEDH de 8 de junio de 1976 (*Engel y otros*), §101.

468 STEDH de 26 de marzo de 1992 (*Moustaquim*), §§43 y 46; y STEDH de 18 de febrero de 1991 (*Beldjoudi*), §§74 y 79. Aunque tal medida resulta desproporcionada si conlleva el sacrificio del derecho a una vida familiar. Y ello no excluye, en ningún caso, que se persigan también otras finalidades, como los derechos y libertades ajenos o la del bienestar económico del país, siendo incluso esta última prevalente cuando con esta medida se trataba de regularizar el mercado de trabajo. STEDH de 21 de junio de 1988 (*Berrehab*), §26.

469 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 220.

470 STEDH de 21 de febrero de 1975 (*Golder*), §45.

abrirse una instrucción penal<sup>471</sup>, que con respecto a una persona en libertad, en particular con relación a la censura e interceptación de correspondencia; h) Se justifica que el Código Penal (austriaco) permita el secuestro de una película que se considera que ofende la sensibilidad religiosa de los católicos romanos en cuanto que con esta regulación "se pretendía suprimir conductas dirigidas contra objetos de veneración religiosa que es probable que causasen 'justificada indignación'"<sup>472</sup> y con ello se venía a defender el orden público (o prevenir el desorden); i) En el caso *Open Door and Dublin Well Woman*, entenderá el TEDH que no se persigue esta finalidad de prevención del delito (aunque sí la de protección de la moral, como hemos visto) con unas medidas que prohíben proporcionar información a las mujeres irlandesas sobre las posibilidades de abortar en el extranjero pues, aunque el aborto esté constitucionalmente prohibido, lo cierto es que ni la comunicación de datos ni el aborto en el extranjero eran conductas constitutivas en Irlanda de infracción penal; j) El Tribunal ha sostenido que el concepto de "orden", en particular como finalidad legitimadora de una limitación a la libertad de expresión, no se refiere sólo al orden público, sino también al orden que debe reinar en el interior de un grupo social particular, especialmente cuando, como ocurre en el caso de las Fuerzas Armadas, el desorden en ese grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera<sup>473</sup>; k) Digamos para terminar que, con relación al derecho a la libertad física, se prevén por el CEDH una serie de supuestos en que resulta admisible la privación de libertad. De los mismos se deduce con claridad que toda intervención en el derecho en cuestión sólo puede legitimarse en función de diversas finalidades, pero siendo reconducibles la mayoría de ellas a la de defensa del orden público y la prevención del delito<sup>474</sup>. Lo importante es destacar que, aunque pueda

---

471 STEDH de 20 de junio de 1988 (*Schönenberger y Durmaz*), §25: El motivo es que "en tal caso existe con frecuencia un peligro de colusión".

472 STEDH de 20 de septiembre de 1994 (*Otto-Preminger Institute v. Germany*), §48. La ubicación del cine en un área predominantemente católica parece haber sido un factor importante en la decisión del Tribunal, pues la proyección en esa localidad de la película sería profundamente ofensiva para los católicos devotos.

473 STEDH de 8 de junio de 1976 (*Engel y otros*), §98.

474 Es el caso de las finalidades siguientes: a) garantizar el cumplimiento de una condena por un tribunal competente; b) para garantizar la obediencia a una orden dada por un tribunal conforme a la ley, después de haberla desobedecido, por un tribunal, o para garantizar la ejecución de un deber prescrito por la ley; c) garantizar la comparecencia ante la autoridad judicial competente, cuando existan razones plausibles para sospechar que ha cometido una infracción, o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) para educar a un menor con sometimiento a vigilancia, o bien para hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) cuando se trate de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado mental, un alcohólico, un toxicómano o un vagabundo; f) para impedir a la persona a la que se detenga la entrada irregular en el territorio o como garantía respecto de un procedimiento de expulsión o extradición en curso respecto de esa persona". En el supuesto d), en su primera frase, no parece que se persiga una finalidad de orden público ni de prevención del delito, al menos no siempre (por ejemplo, menores

verse ese sustrato común de protección del orden público en casi todas las excepciones del artículo 5, para justificar cualquier medida de privación de libertad como conforme al Convenio es preciso constatar que tal medida, entre otros requisitos, persigue alguna de las concretas finalidades enunciadas por el propio artículo 5. No cabe referirse, pues, con respecto al derecho de libertad física, a una finalidad genérica de protección del orden y prevención del delito, pues aquí el Convenio es muy minucioso al regular, taxativamente, los supuestos en que por vía de excepción se admite una privación de libertad. Esta es la práctica del TEDH: la inobservancia de este requisito de que la privación de libertad responda a uno de los supuestos concretos enumerados en el artículo 5.1 ha permitido en ocasiones declarar una privación de libertad como ilegítima, sin entrar ya a analizar su proporcionalidad y al margen de que fuera "conforme a la ley". Es más, el TEDH ha venido a sancionar el que podríamos llamar "fraude de finalidad": la detención de un extranjero que, según el Gobierno demandado, se llevó a cabo para expulsarlo del territorio nacional (letra f) del artículo 5), no es conforme al Convenio en cuanto que ocultaba en realidad una extradición que se disfrazaba de expulsión con el objetivo de soslayar una decisión judicial que había declarado la improcedencia de la extradición<sup>475</sup>.

### c.- Seguridad nacional

Esta finalidad, como nos dicen Wildhaber y Breitenmoser, sólo

---

abandonados) ni es, en cualquier caso, esa finalidad la fundamental, que parece ser la educación y protección y, en su caso, reinserción del menor (medidas de protección con educación vigilada). En el supuesto e), junto a las finalidades de protección del orden y prevención del delito, parece que también se protege, acaso de modo predominante, la salud pública y la protección de los propios detenidos.

475 STEDH de 18 de diciembre de 1986 (*Bozano*), §60. Por otra parte, como excepción que son a un derecho fundamental del Convenio, estas excepciones o supuestos legitimadores de una privación de libertad han de ser interpretados restrictivamente. Esto es lo que explica, entre otros motivos [pues hay que tener también presente que la privación de libertad de los vagabundos (como la de enajenados, alcohólicos y toxicómanos), prevista en la letra e) del artículo 5, no sólo pretende proteger a la sociedad, sino también beneficiar al propio detenido], que la detención de una persona sospechosa de pertenecer a asociaciones mafiosas no pueda legitimarse por medio de una asimilación al supuesto previsto en la letra e) del artículo 5 de los "vagabundos" sobre la base de que la peligrosidad de un presunto mafioso es mayor que la de los vagabundos (STEDH de 6 de noviembre de 1980 (*Guzzardi*), §98). Es preciso aclarar, por otro lado, que, como Casal Hernández señala, las consecuencias jurídicas que se derivan de la adscripción de una privación de libertad a uno o a otro de los casos señalados por el artículo 5 no son siempre las mismas. "En función de tal adscripción pueden variar, en primer término, las garantías que deben rodearla. Así, sólo las detenciones autorizadas por el apartado c) de ese precepto disfrutaban del control judicial automático previsto en el artículo 5.3. De ella depende a veces, en segundo término, la intensidad del control ejercido por los órganos del Convenio. Por ejemplo, el mismo suele ser bastante reducido cuando se ejerce respecto de privaciones de libertad basadas en una sentencia condenatoria emanada de un tribunal competente". Jesús María Casal Hernández, *Derecho a la libertad...*, cit., p. 63.

resulta de aplicación bajo circunstancias muy ponderadas y en un marco estrecho, es decir, con relación a peligros de las instituciones estatales fundamentales, sin perjuicio de la aplicación del artículo 15 para casos más graves en que sea amenazada, en conjunto y directamente, la existencia del Estado. Y precisamente por su estricto marco de aplicación, esta finalidad de protección de la seguridad nacional no encuentra una aplicación frecuente, aunque hay un cierto número de casos en que se ha aplicado<sup>476</sup>.

#### d.- Seguridad pública

En pocas ocasiones se ha planteado al Tribunal la legitimidad de medidas limitadoras de los derechos que se justifiquen por esta finalidad de seguridad pública. Como señala la doctrina, como límite clásico de policía, sirve la seguridad pública para la protección de bienes de policía como, por ejemplo, el orden público, la tranquilidad, la seguridad, la salud y la moralidad así como la buena fe en el tráfico comercial. En varias ocasiones, el CEDH establece como límites diferentes éste de la seguridad pública y el de la "defensa del orden" (o "prevención del desorden"), por lo que una cierta diferenciación parece imponerse. Algunos autores han sugerido que la "seguridad pública" debe cubrir aquellas medidas de intervención de carácter fundamentalmente represivo ordenadas por las

---

476 Así, en el caso *Klass*, referido a la legitimidad de la vigilancia secreta que sometía potencialmente a todo usuario de servicios postales y de telecomunicaciones de la RFA a un eventual control de su correspondencia, de sus envíos postales y de sus telecomunicaciones, el TEDH aceptó que las medidas alemanas caían dentro de la excepción de la seguridad nacional (aunque también en la de "la prevención de las infracciones penales"), en cuanto que las sociedades democráticas se hallan amenazadas por formas de espionaje altamente sofisticadas, así como por el terrorismo, y pueden necesitar llevar a cabo una vigilancia secreta de los elementos subversivos que operan en su territorio para contrarrestar tales amenazas, dada la situación excepcional. STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klass*), §48. Fernández Segado se refiere también a los casos *Glaserapp* y *Kosiek* en que la Comisión entendió que la obligación de lealtad al concepto de democracia pluralista consagrado por la LF perseguía la finalidad de proteger la seguridad nacional por medio de la salvaguardia del régimen democrático, del que depende el sistema de derechos del Convenio (cfr. artículo 17 CEDH). "Y si bien es verdad que el Tribunal no se pronunciaría en torno a este punto —al llegar a la conclusión de que el problema que le había sido planteado en ambos 'casos' se centraba en el ingreso en la función pública—, no lo es menos que en su jurisprudencia ha reconocido, en perfecta sintonía con la Comisión, que la defensa de la democracia es una de las principales causas justificativas de las restricciones impuestas 'en interés de la seguridad nacional'". Francisco Fernández Segado, "La libertad de expresión en...", cit., p. 115. En otro caso, se produce el rechazo de un ciudadano para ocupar un puesto en un Museo estatal a casa de un registro realizado por el Ministerio del Interior como "riesgo para la seguridad". El Tribunal considerará justificados para la protección de la seguridad nacional el almacenaje de informaciones sobre la vida privada de una persona en un registro policial secreto, así como la transmisión de esa información a otra autoridad, así como la negativa de dar al Sr. Leander ocasión a rebatir tal información (STEDH de 26 de marzo de 1987 (*Leander*), §49). Cfr. Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 210.

autoridades policiales<sup>477</sup>. En la práctica, parece que esta finalidad es alegada con relación a las condiciones de arresto y prisión, pero también a los decretos de extradición y expulsión con respecto a la vida familiar existente (artículo 8), así como respecto medidas de lucha contra la criminalidad. Se alega frecuentemente en combinación con el "mantenimiento del orden", la "prevención del delito" o con ambas finalidades conjuntamente<sup>478</sup>.

#### **e.- Bienestar económico del país**

Este objetivo como legitimador de limitaciones sólo aparece en el Convenio en el artículo 8 y parece que, en su génesis, se orientaba a justificar el control del tráfico de divisas, pero lo cierto es que se iba a aplicar a toda otra serie de supuestos. Así, en el caso *Mialhe*, con relación al ejercicio de los poderes para el registro e incautación por parte de las autoridades aduaneras en sus respectivos países, rechazó el TEDH que hubiese con ello una violación del artículo 8, por estar justificadas las interferencias de los derechos afectados en interés del bienestar económico del país<sup>479</sup>. Y también estimó el Tribunal que se perseguía esta misma finalidad, legítima según el Convenio, a través de unas medidas de registro del domicilio del recurrente en conexión con investigaciones sobre negocios financieros con países extranjeros contrarios al Derecho francés<sup>480</sup>. El "bienestar económico del país" es, en fin, la finalidad más importante en el caso de una medida de denegación de un nuevo permiso de residencia y expulsión del país de un extranjero cuando con ello se trataba de regularizar el mercado de trabajo, debido a la densidad de la población<sup>481</sup>.

#### **f.- La protección de la salud**

Además de la referencia a la "protección de la salud" de los apartados segundos de los artículos 8 a 11 CEDH, también debe incluirse aquí, como previsión explícita por la CEDH de la "salud" como finalidad legítimamente habilitadora de una limitación a un derecho, la referencia del

477 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 211.

478 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 211.

479 STEDH de 25 de febrero de 1993 (*Mialhe*), §33.

480 STEDH de 25 de febrero de 1993 (*Funke*), §52.

481 STEDH de 21 de junio de 1988 (*Berrehab*), §26 (aunque la medida persiga también otras finalidades legítimas, como la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás). También se apreció que se perseguía esta finalidad legítima del bienestar económico del país en el caso de una legislación que establece la necesidad de autorización para ocupar una vivienda (incluso de la propiedad de uno) en una isla de superficie muy reducida a fin de que la población no pase de límites que permitan su desarrollo económico equilibrado, con preferencia de las autoridades, al conceder autorizaciones para ocupar locales de renta modesta, hacia quienes se relacionen estrechamente con la isla u ocupen en ella un empleo indispensable para la sociedad (STEDH de 24 de noviembre de 1986 (*Gillow*), §§53-54).

artículo 5, cuando contempla como legítima la privación de libertad "de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa", pues es evidente que es una razón de salud pública, fundamentalmente, la que motiva dicha excepción al derecho a la libertad física. Ha de destacarse, en primer término, que esta finalidad de la protección de la salud se utiliza, con relativa frecuencia, aislada y no combinadamente con otras finalidades del Convenio, lo que acaso se explique por su relativa determinación de su propio contenido, frente a la generalidad de otras finalidades. No obstante, en ciertos casos, la Comisión Europea usa esta finalidad conjuntamente con la de la protección de la moral, con la que aparece por lo demás íntimamente ligada, en apariencia al menos, en su propia formulación de los artículos 8 a 11 ("la protección de la salud y de la moral"). Así se refleja especialmente con relación al concepto, determinante para la ponderación de bienes en el marco del examen de proporcionalidad, del bien del niño<sup>482</sup>. El concepto de salud se entiende tanto por el TEDH como por la Comisión en un sentido amplio, comprensivo tanto del bienestar físico y psíquico de los individuos o de pequeños grupos, como también de la salud pública de la sociedad como conjunto<sup>483</sup>.

#### **g.- La protección de los derechos y libertades de los demás**

Se trata de una finalidad justificadora de una limitación de muy amplio alcance, y que por ello mismo ha sido alegada y utilizada frecuentemente por el TEDH. Es una finalidad prevista por los artículos 8 y 9, pero también por el artículo 10, que si bien habla de "la protección de la reputación o los derechos ajenos", lo cierto es que no hay grandes diferencias en cuanto al alcance de esta última expresión y la de los dos primeros artículos citados, salvo en lo que se refiere a la específica alusión a la "reputación", y no sólo los "derechos", de terceros, que se justifica claramente por tratarse de un límite específico a la libertad de expresión<sup>484</sup>.

---

482 Sobre ello, véase Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 222.

483 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 223.

484 La reputación como límite a la libertad de expresión no tiene el mismo juego en todos los casos y así, respecto de los políticos, su fuerza limitadora se reduce por cuanto que tiene que equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas. STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lingens*), §42. En cambio, respecto de los jueces, aun tratándose de cuestiones de interés público, la reputación conserva una considerable fuerza limitadora. En el caso *Barfod*, considera el TEDH proporcionada la sanción pecuniaria al autor de una crítica expresada en un artículo de prensa hacia un Tribunal compuesto por un juez profesional y dos funcionarios del Gobierno autónomo, y que resolvió (por dos votos contra uno) un asunto en favor de dicho Gobierno, pues no era necesario un ataque personal, sin pruebas, contra esos jueces para hacer una crítica a la composición del Tribunal o al sistema judicial. Cfr. STEDH de 22 de febrero de 1989 (*Barfod*), §33 y el acertado voto particular discrepante del Juez Gölcüklü. El TEDH reconoce, no obstante, que la fuerza limitadora de la reputación de terceros aparece modulada en asuntos de interés público (§34: el Tribunal sancionador tuvo en cuenta, a la hora de fijar el importe de la multa, que la afirmación se publicó "en el contexto de la crítica por el demandante de la composición del Tribunal").

Como se ha señalado al tratar de la "protección de la moral", existe entre esta última finalidad y la que ahora estudiamos, a juicio del Tribunal Europeo, un lazo natural<sup>485</sup>. Pero también se relaciona por la jurisprudencia europea esta finalidad con cierta frecuencia con la "prevención del delito", la "protección de la salud" y el "bienestar económico del país"<sup>486</sup>. No obstante, en la jurisprudencia más reciente aumenta la utilización autónoma de la finalidad de la "protección de los derechos y libertades de otros". Existe acuerdo en la doctrina acerca de que dentro de los "derechos y libertades de los demás", deben incluirse tanto los derechos protegidos por el Convenio como también los derechos protegidos sólo a nivel nacional, si bien sólo cuando, obviamente, tales derechos sean expresión de un *estándar* común europeo y no cuando se trate de meros intereses de terceros reconocidos sólo en algún ordenamiento nacional en particular<sup>487</sup>.

#### **h.- La integridad territorial**

Se trata de una finalidad legitimadora de intervenciones a la libertad de expresión y que no se encuentra prevista, en cambio, con relación a los derechos de los artículos 8, 9 ni 11.

#### **i.- Impedir la divulgación de informaciones confidenciales**

Es ésta igualmente una finalidad habilitadora de limitaciones sólo prevista para la libertad de expresión del artículo 10. En un caso en que el recurrente había sido multado por romper la confidencialidad de la investigación judicial, el Tribunal consideró esa limitación de los derechos del recurrente como cubierta por el Convenio en cuanto que se dirigía a proteger la autoridad e imparcialidad del poder judicial, y no para "impedir la divulgación de informaciones confidenciales", finalidad ésta que parece que estaría orientada más bien a legitimar las medidas limitadoras con relación al material recibido confidencialmente fuera de las salas de los tribunales<sup>488</sup>.

#### **j.- Garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder judicial**

Se trata también de una finalidad legitimadora de las

---

485 STEDH de 24 de mayo de 1988 (*Müller*), §30. Y así, en el caso, ya aludido, del secuestro de una película que ofendía las sensibilidades religiosas de los católicos romanos se entendió que tal medida violaba el derecho al respeto de los sentimientos religiosos si los artículos 9 (libertad religiosa) y 10 (libertad de expresión) se leían conjuntamente. STEDH de 20 de septiembre de 1994 (*Otto-Preminger Institute*), §§46-48.

486 Véase Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 227 y jurisprudencia citada.

487 Luzius Wildhaber y Stephan Breitenmoser, "Artikel 8", cit., p. 228 y, en general, para un examen de los derechos y libertades reconocidos como límite, véanse especialmente pp. 230-231.

488 STEDH de 22 de mayo de 1990 (*Weber*), §§44-45.



intervenciones que es específica de la libertad de expresión del artículo 10. El TEDH ha subrayado que "las palabras 'autoridad e imparcialidad del poder judicial' deben entenderse 'en el sentido del Convenio'<sup>489</sup>, para lo cual ha de tenerse muy presente el artículo 6 del mismo (tutela judicial efectiva), que consagra el principio fundamental de la preeminencia del Derecho. El término "poder judicial" (*judiciary*) hace referencia al aparato judicial o al sector judicial del poder, como jueces que actúan de forma oficial. En cuanto a la expresión "autoridad del poder judicial", refleja especialmente la idea de que los Tribunales constituyen los organismos adecuados para apreciar los derechos y las obligaciones jurídicas y decidir sobre las diferencias y concordancias que el público considera como tales y su aptitud para realizar esta tarea les inspira respeto y confianza<sup>490</sup>.

Digamos para terminar que, en el caso del derecho a la libertad y seguridad físicas, se admiten en el artículo 5 CEDH ciertos supuestos de privación de libertad en que parece garantizarse la autoridad del poder judicial (detención "tras la condena por un tribunal competente", detención o encarcelamiento "por desobediencia a una orden dada conforme a la ley por un tribunal", detención y encarcelamiento para garantizar la comparecencia ante la autoridad judicial competente), casi siempre combinadamente con la finalidad de defensa del orden público y/o de prevención del delito.

#### **k.- La utilidad pública y el interés general como límites del derecho de propiedad**

El artículo 1 del Protocolo número 1 del CEDH reconoce el derecho de propiedad en los siguientes términos: "Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. No se puede privar a nadie

---

489 STEDH de 28 de junio de 1978 (*Köning*), §88; STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §55.

490 STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §§55 y 56. Y considera el Tribunal que a dicha finalidad, aunque también complementariamente a la de la protección de "los derechos de los demás" (litigantes), se dirige el llamado "contempt of court". El "contempt of court", como creación del *common law*, es un medio permanente de los tribunales para impedir o reprimir un comportamiento de naturaleza obstruccionista en la administración de justicia, relacionado bien con un caso concreto o bien con una materia de carácter general y que constituye, salvo excepciones, una infracción castigada con prisión, sin límite de duración, o una multa, sin límite de cantidad, y la obligación de prestar una fianza como garantía de buena conducta. La pena puede ser impuesta en un juicio sumario sin intervención de jurado, y la publicación de los hechos u opiniones constitutivos de delito de "contempt" pueden, asimismo, prohibirse, según un procedimiento análogo. Véase la STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §56. Y si se protegen a través de este instituto también los derechos de los litigantes es porque tal objetivo se engloba, en realidad, en la frase "garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial": se trata de derechos, ya que los individuos los disfrutan a título de litigantes, es decir, de personas mezcladas en el aparato de la justicia y no se asegura la autoridad de esta última sin proteger a cualquiera que participe o recurra a ella. Existe, por ello, una íntima unión entre ambas finalidades.

de su propiedad si no es por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional [ ] Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho de los Estados de promulgar las leyes que consideren necesarias para regular el uso de los bienes de acuerdo con el interés general, o para asegurar el pago de los impuestos o de otros tributos o de las multas".

El TEDH ha interpretado que en este precepto se formulan tres reglas distintas: 1) La primera, que se expresa en la primera frase del párrafo inicial y tiene carácter general, sienta el principio del respeto que se debe a la propiedad (*possessions* en la versión inglesa; *biens* en la versión francesa); b) La segunda, en la segunda frase del mismo párrafo primero, se refiere a la privación de la propiedad como "una clase determinada de ataques —los más extremados— al derecho de respeto a la propiedad"<sup>491</sup> de la regla primera, y somete a esa privación de la propiedad a determinadas condiciones; c) La tercera regla, en el segundo párrafo, reconoce a los Estados, entre otras facultades, la de regular el uso de los bienes de acuerdo con el interés general. Entiende asimismo el Tribunal que, antes de averiguar si el derecho de propiedad ha sido respetado, es siempre preciso determinar si las otras dos reglas, que han de interpretarse a la vista del principio que establece la primera, resultan de aplicación<sup>492</sup>.

Así pues, el artículo en cuestión proclama un derecho a la propiedad o al respeto de los bienes (regla 1ª); regula después las privaciones legítimas de la propiedad —esto es, expropiaciones— por razones de "utilidad pública" como límite más grave al derecho, obviamente (regla 2ª); y, en último lugar, autoriza un control del uso de la propiedad para limitar los derechos de los propietarios en interés general (piénsese, simplemente, en toda la inevitable regulación urbanística, nada menos), concretando específicamente dos supuestos de "interés general" —el aseguramiento del pago de los impuestos o de otros tributos o de las multas (regla tercera). En realidad, a nuestro modo de ver, existe una unión clara, intrínseca, entre el interés general de la regla tercera y la utilidad pública de la segunda<sup>493</sup>: la diferencia es más bien funcional, por operar como elemento material justificador de la expropiación la una, y de una

491 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §71.

492 Sostiene, asimismo, el TEDH que la segunda regla (contenida en el segundo párrafo) se refiere "a una clase determinada de ataques": "los más extremados". STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §71. En su jurisprudencia inicial se percibía una desconexión entre las tres reglas: STEDH de 23 de septiembre de 1982 ("*Sporrong and Lönnroth*"), §§ 69ss.

493 El Tribunal no ha llevado a cabo, de manera explícita, una interpretación de este tipo, aunque parece más bien inclinarse en ese sentido: "En opinión del Tribunal, aunque se admitiera que existían diferencias, en el artículo 1, entre los conceptos de 'utilidad pública' e 'interés general', en la cuestión de que se trata no cabe establecer ninguna diferencia fundamental" entre ambos conceptos pues, aunque según los demandantes "el art. 1 permite medidas, por ejemplo fiscales, para procurar la justa distribución de la riqueza" sólo en su primer párrafo pero no en el segundo, el Tribunal, por el contrario, no encuentra, "motivo para entender que el artículo 1 impide a los Estados desarrollar una política así por la vía de la expropiación". STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §§43 y 44.

regulación del uso de la propiedad la otra, pero aluden a conceptos, si no idénticos, sí desde luego muy próximos, aunque, eso sí, con funciones distintas. Veamos cómo ha precisado el TEDH estos conceptos.

En relación a la cuestión de si una transmisión forzosa de la propiedad de un bien por un particular a otro en exclusivo provecho del segundo puede considerarse realizada "por causa de utilidad pública" (regla 2ª), dirá el Tribunal que no puede entenderse que sea así cuando el beneficio al particular sea su "única finalidad", si bien precisará que "la transmisión forzosa de la propiedad de un individuo a otro puede, en determinadas circunstancias, constituir un medio legítimo de favorecer el interés general", pues en la Constitución, en la legislación y en la jurisprudencia de los Estados Contratantes —incluso donde los textos vigentes utilizan palabras como "para el uso público" u otras análogas— no existe ningún principio general que permita entender que el concepto "utilidad pública" impide una transmisión así<sup>494</sup>.

Por otra parte, la exigencia de que la privación responda a una causa de utilidad pública no implica, en la versión inglesa (*in the public interest*), ni que el bien de que se trate tenga que estar a la disposición del público ni que toda la sociedad, ni tampoco siquiera una gran parte de ella, haya de beneficiarse directamente de la transmisión: "Se puede muy bien considerar como 'in the public interest' una privación de propiedad efectuada en virtud de una política de justicia social. En especial, la justicia del sistema legal que regula los derechos personales y reales privados interesa y afecta a todos; y, por consiguiente, las disposiciones legislativas que pretenden asegurarlo pueden representar 'the public interest', incluso cuando implican la transmisión forzosa de la propiedad de un individuo a otro"<sup>495</sup>.

En cuanto a la versión francesa de la exigencia de que la privación responda a "causa de utilidad pública", podría la misma llevar, en cambio, si se interpretara estrictamente, a entender que sólo sea admisible dicha privación "en provecho del conjunto de la sociedad", lo que sería por lo demás conforme con el Derecho interno de algunos Estados Contratantes, aunque no de todos. Pero esa interpretación estricta no es la única posible sino que, lejos de ello, entiende el TEDH que la interpretación que armoniza mejor los textos francés e inglés es una más amplia que abarque, dentro del concepto de "utilidad pública", "las medidas de expropiación que se tomen en el ámbito de una política de justicia social"<sup>496</sup>, pudiendo incluso ser de utilidad pública, con carácter más general, las transmisiones forzosas cuando se realicen en el ámbito de una política legal (no sólo social, sino también "económica o de otra

---

494 Y lo mismo es predicable de algunos otros países democráticos, pudiendo citarse, incluso, una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, referente a una ley del Estado de Hawai, por la que se admitía la transmisión forzosa de la propiedad de los inmuebles a los arrendatarios para disminuir la concentración de la propiedad en unos pocos propietarios. STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §40.

495 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §41.

496 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §42.

naturaleza"), y ello aun en el caso de que la sociedad en su conjunto no utilice o no se beneficie del bien de que se trate<sup>497</sup>. Y ello es así no sólo por la *autonomía conceptual* del Convenio, que permite al Tribunal apartarse del significado que la expresión pueda tener en algunos ordenamientos nacionales, sino ante todo en atención al objeto y finalidad del precepto, que es "la protección, ante todo, contra las confiscaciones de la propiedad"<sup>498</sup>.

En lo que a la "regulación de la propiedad de acuerdo con el interés general" (regla tercera) se refiere, el Tribunal consideró en un primer momento que esta regla, "a diferencia del artículo 10.2 del Convenio, *erige a los Estados contratantes en jueces únicos de la 'necesidad' de una injerencia*. El Tribunal debe, en consecuencia, limitarse a controlar la legalidad y la finalidad de la restricción de que se trata"<sup>499</sup>. Esta doctrina, reiterada en el caso *Marckx*<sup>500</sup>, va a ser, sin embargo, pronto abandonada por el Tribunal, pues parece claro que una interpretación de ese estilo podría llegar a vaciar en buena medida de contenido a la garantía contenida en la llamada regla tercera. Actualmente, el Tribunal no sostiene que los Estados contratantes sean los "únicos jueces" ("sole judges") de la necesidad de la limitación, sino que controla las medidas adoptadas desde el punto de vista de su proporcionalidad<sup>501</sup>.

497 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §45.

498 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §42. En particular, en lo que se refiere a las privaciones de la propiedad en ejecución de una política social, dirá el Tribunal que la supresión de "lo que se considera una injusticia social es una de las tareas propias de un legislador democrático". Y con referencia, más concretamente, a la política de vivienda, dado que en las sociedades modernas se considera a la vivienda "como una necesidad primordial cuya regulación no puede dejarse por completo al libre juego del mercado", el margen discrecional del Estado es, en este campo, "bastante amplio para abarcar una legislación que garantice en esta materia una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuye en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorece directamente ni al Estado ni a la sociedad como tal" (STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §47).

499 STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §62.

500 STEDH de 13 de junio de 1979 (*Marckx*), §64.

501 Y entiende el Tribunal Europeo que son "regulaciones del uso de la propiedad", entre otros supuestos, la retirada de una licencia de bebidas alcohólicas a causa de una falta de trato cuidadoso de las bebidas; la revocación de un permiso para explotar grava; una regulación de arrendamientos, incluso introducida con efectos en los contratos vinculantes; una anulación judicial de una licencia municipal para construir (Jochen Abr. Frowein, "The Protection of Property", en R. St. Macdonald, F. Matscher, y H. Petzold (eds.), *The European System...*, cit., pp. 526-527). Y con relación al embargo de unos bienes acordado como medida accesorio de un procedimiento penal, entiende el Tribunal que se rige por la regla del Convenio que autoriza la regulación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general y debe para ello perseguir una finalidad legítima, como salvaguardar pruebas de la infracción o evitar el agravamiento de la misma. Estima el Tribunal, en todo caso, que el mantenimiento de un embargo, una vez extinguidos el delito y la acción penal, supone hacer recaer sobre el afectado una carga desproporcionada y no se justifica sino que el Tribunal competente debería haber ordenado de inmediato el levantamiento del secuestro sin esperar tan siquiera a que el actor planteara la cuestión (STEDH de 18 de julio de 1994 (*Venditelli*), §§38-40). También el secuestro de unas obras obscenas se enmarca en la regla tercera del

## F) Limitaciones "necesarias en una sociedad democrática"

No basta con que una intervención en un derecho fundamental persiga una finalidad legítima según el Convenio, sino que también se exige que tal intervención se presente como "necesaria en una sociedad democrática", concepto este último fundamental en el sistema del CEDH y que el TEDH ha precisado en una ya copiosa jurisprudencia, exigiendo una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática, así como la debida proporcionalidad entre los medios empleados (las medidas adoptadas) y la finalidad (legítima, de acuerdo con el Convenio) perseguida.

### A') El concepto de necesidad

En primer término, el Tribunal ha señalado que el adjetivo "necesaria" no es sinónimo de "indispensable" y se remite, a este respecto, a las expresiones "absolutamente necesario" y "estrictamente necesario" empleadas en los artículos 2.2 y 6.1 del Convenio, así como a la frase "en la estricta medida en que la situación lo exija" del artículo 15. Pero, al mismo tiempo, se ha cuidado el Tribunal de precisar que el adjetivo necesaria no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como "admisible", "normal" (y se remite a una comparación con el artículo 4.3), "útil" (y se refiere a la primera línea del artículo 1.1. del Protocolo), "razonable" (y se remite a la comparación con los artículos 5.3 y 6.1) u "oportuno"<sup>502</sup>. La "necesidad en una sociedad democrática" hace referencia a una "necesidad social imperiosa"<sup>503</sup>. En todo caso, el Tribunal "no se limita a preguntarse si el Estado demandado utilizó su facultad discrecional de buena fe, con cuidado y razonablemente", pues ello "no basta para convertir una medida en 'necesaria' en relación al Convenio", sino que las consideraciones de ese tipo "quedan en un segundo plano", al menos "en un ámbito tan fundamental como el del respeto de la vida familiar"<sup>504</sup>. Por otra parte, el Tribunal "no se contenta con examinar aisladamente las resoluciones impugnadas; las considera a la vista del conjunto del caso y debe determinar si las razones aducidas en apoyo de las injerencias son

artículo 1 del Protocolo número 1: STEDH de 24 de mayo de 1988 (*Müller*), §38) . Puede, asimismo, considerarse que la prohibición legal en un país de importar monedas de oro (y la previsión del comiso de las que se introduzcan infringiendo esta prohibición) supone una regulación del uso de los bienes. STEDH de 24 de octubre de 1986 (*Agosi*), §51.

502 STEDH, de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §§49 ss; STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §97; STEDH de 13 de agosto de 1981 (*Young, James y Webster*), §63.

503 STEDH, de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §§48-49; STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §97.

504 Veremos después que no siempre es así, en especial con relación al valor concedido a la diligencia de las autoridades para la valoración del "plazo razonable" a efectos del artículo 5.3 con relación al 5.1.c).

'pertinentes y suficientes'<sup>505</sup>.

La doctrina ha destacado lo sorprendente que resulta que el Tribunal no haya, hasta ahora, discutido con detalle cuáles son las cualidades o rasgos de una sociedad democrática, por claro que pueda resultar que son el pluralismo, la tolerancia, la igualdad, la libertad y el estímulo a la propia realización sus principales ingredientes<sup>506</sup>. Podría aquí también hacerse hincapié en el destacado papel que, conforme el propio TEDH ha destacado reiteradamente, toca cumplir a la libertad de expresión como componente indispensable de toda sociedad democrática, también, e incluso especialmente, cuando se refiere a informaciones o ideas críticas respecto del Estado, o simplemente pueden chocar, inquietar u ofender a éste<sup>507</sup>. Por lo demás, y con todo atino, el propio Tribunal sí que ha hecho referencia, a la hora de valorar la "necesidad en una sociedad democrática" de una medida restrictiva de los derechos del Convenio, a que lo que caracteriza a una sociedad tal es el "pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura"<sup>508</sup>, verdaderos "puntos de referencia" de la "necesidad en una

---

505 STEDH de 24 de marzo de 1988 (*Olsson*) §§68 y 82 (en una lectura conjunta). En este caso, la minoría de la Comisión siguió un procedimiento diverso: "[...] averiguar si sus fundamentos parecen indicar que se apoyaron en circunstancias no pertinentes o que se aplicaron normas o criterios inadmisibles para justificar la medida", esto es, se trata, "en definitiva, de averiguar si el órgano judicial nacional se equivocó al apreciar la necesidad". Sigue más bien el Tribunal el criterio de la mayoría de la Comisión. Por otra parte, es de destacar que el TEDH ha sentado una doctrina especial para el caso del artículo 2 (derecho a la vida), que establece, en su segundo apartado, que la muerte no se considerará infligida con infracción del Convenio cuando haya sido consecuencia de un recurso a la fuerza "absolutamente necesario" para determinadas finalidades y aquí el TEDH ha dicho que el *test* de necesidad de la medida ha de ser más estricto y apremiante que en aquellos supuestos en que meramente se exige la "necesidad" de la medida "en una sociedad democrática", suponiendo, en particular, que la fuerza utilizada sea "estrictamente proporcionada al logro de las finalidades establecidas en el subpárrafo 2 (a), (b) y (c) del artículo 2". Así, con relación al artículo 2 (derecho a la vida), STEDH de 27 de septiembre de 1995 (*McCann*), §149; STEDH de 9 de octubre de 1997 (*Andronicou and Constantinou*), §171. La expresión "absolutamente necesario" se refiere a un recurso a la fuerza que lleve a infligir la muerte y que no supondría infracción del Convenio.

506 Francis Jacobs and Robin C. A. White, *The European Convention on ...*, cit., p. 307.

507 STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §49: "[...] los principios propios de una sociedad democrática. La libertad de expresión es uno de los fundamentos más importantes de dicha sociedad, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de sus miembros [...] no sólo es aplicable a las informaciones e ideas bien recibidas o consideradas inocuas o indiferentes, sino también las que irritan, escandalizan o molestan al Estado o a una parte cualquiera de la población". En particular [STEDH de 8 de julio de 1976 (*Lingens*), §42] respecto de la prensa en el campo político, dirá el Tribunal: "la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio" (cursiva nuestra).

508 STEDH, de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §49.

sociedad democrática"<sup>509</sup>, además de que, "aunque a veces haya que subordinar los intereses de los individuos a determinados grupos, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un justo trato y que evite todo abuso por parte de una posición dominante"<sup>510</sup>.

## **B') El margen nacional de apreciación o discrecionalidad**

### **a.- Concepto**

Sentada la necesidad de que se dé una exigencia social imperiosa, en general, para cualquier intervención en algún derecho del Convenio, se reconoce, en segundo lugar, en la jurisprudencia del TEDH que los Estados contratantes disfrutan, en general, de cierto "margen de apreciación"<sup>511</sup> para establecer si existe una exigencia social imperiosa o no. Ello debe ser "apreciado tanto por el legislador nacional como por los órganos judiciales [e incluso no judiciales]<sup>512</sup> llamados a interpretar y aplicar los textos vigentes", si bien el margen de apreciación de que gozan no es ilimitado pues, de lo contrario, se correría el peligro "de ver destruir la democracia con el motivo de defenderla"<sup>513</sup>, pero, sobre todo, podría, en último término, dejar huecas todas las garantías del Convenio. Ahora bien, dentro del ámbito legítimo del margen nacional de apreciación, el TEDH "no tiene competencia para sustituir la discrecionalidad de las autoridades nacionales sobre cuál pudiera ser la mejor política en la materia"<sup>514</sup>.

Se deriva este margen nacional de apreciación del carácter subsidiario del mecanismo europeo de control que el Convenio instaura y su conexión con la "necesidad" de las medidas limitadoras es evidente: corresponde a las autoridades (Parlamentos, básicamente) nacionales tomar la primera decisión de si es, o no, "necesaria" en "su" sociedad

509 STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §53.

510 STEDH de 13 de agosto de 1981 (*Young, James y Webster*), §63.

511 Este concepto del "margen de apreciación" fue introducido ya tempranamente, en 1959, por la Comisión en el caso interestatal entre Grecia y el Reino Unido y se elaboró con mayor detalle en el caso *Lawless* (STEDH de 1 de julio de 1961). Y aunque en estos dos casos su aplicación se refería al artículo 15 CEDH, a partir de entonces se iba a extender su aplicación a todos los supuestos de limitaciones y restricciones. Se trata de una creación jurisprudencial de una categoría que late en casi todas las decisiones del Tribunal.

512 STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §48.

513 STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klaas y otros*), §49. El Juez Spielmann advertiría, en un voto particular en el caso *Müller*, frente al riesgo de que muchas de las garantías establecidas por el Convenio quedasen en letra muerta, al menos de hecho, si no se establecen límites claros al margen de apreciación y, en particular, expresa su opinión de que "no se puede admitir que en la 'Europa de los Estados' el Estado afectado deje a los Cantones o a los Municipios la apreciación de que se trata" [si una publicación es o no obscena], pues "si así sucediera, es evidente que el Tribunal internacional no podría apreciar nunca ninguna violación" de la libertad de expresión. STEDH de 24 de mayo de 1988 (*Müller y otros*), voto particular del Juez Spielmann, 10.a) y b).

514 STEDH de 28 de mayo de 1985 (*Ashingdane*), §57.

democrática la adopción de una determinada medida limitadora de los derechos de sus ciudadanos. Y es que resulta obvio que el CEDH no pretende establecer un régimen absolutamente homogéneo en todos los países firmantes en cuanto al contenido y límites de los derechos, por lo que tiene que dejar al Gobierno de cada Estado que determine ese contenido y límites de los derechos en atención a las circunstancias de todo tipo que se den en el país de que se trate y a la valoración que de las mismas realice el Gobierno, que goza para ello no sólo de una posición y unos medios mucho más apropiados que un organismo internacional, sino también de una más clara legitimidad democrática que cualquier Tribunal. Reconocer un margen de apreciación a los Estados para adecuar el ejercicio de los derechos a su propia realidad política, social y económica y para llevar a cabo también, de este modo, diferentes "políticas" de los derechos fundamentales y de sus límites resultaba por ello indispensable, sin perjuicio de que ese margen de "maniobrabilidad" nacional pueda variar en cada ámbito, como se verá.

Además, de no reconocerse este margen nacional de apreciación en ámbitos en que no existe una "base común normativa" entre los Estados miembros, se produciría "una transferencia considerable de *law-making* de los parlamentos elegidos democráticamente a los jueces europeos y podría afectar al equilibrio constitucional de poderes entre los parlamentos y los tribunales nacionales que apliquen la jurisprudencia de la Convención"<sup>515</sup>. Y, por otro lado, en fin, como Schokkenbroek ha puesto de relieve, la necesidad que tiene todo tribunal "revisor" de fijar —expresa o implícitamente, y con mayor o menor claridad y por lo general de forma dinámica, nunca estáticamente, de una vez para todas— el alcance de su poder de revisión es tanto mayor cuanto menos precisas sean las reglas que aplique, en cuanto que entonces tiende a existir potencialmente un mayor espacio para una revisión que transgreda los límites convenientes e invada las prerrogativas del otro órgano<sup>516</sup>.

Pero ello no podía tampoco llevar a dar completa libertad a cada Estado al respecto, pues de ser así, el propio CEDH perdería su razón de ser, que no es otra, a nuestro juicio, que la de establecer un régimen homogéneo *mínimo* en materia de derechos fundamentales, finalidad por lo demás común a todos los instrumentos internacionales en la materia, pero que resulta reforzada en el caso del CEDH por medio de la interpretación

---

515 Soren C. Prebensen, "The Margin of Appreciation and Articles 9, 10, and 11 of the Convention", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1, p. 17.

516 Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1, p. 30. Otros autores se han referido a una serie de principios del Tribunal Supremo norteamericano que ya han influido y que "pueden hacerse cada vez más importantes" para el TEDH. Por un lado, el Tribunal Supremo deja un margen a las legislaturas estatales por razón de su "mejor posición" para valorar las circunstancias locales que el Tribunal con sede en Washington, pero otras veces lo hace por razón de que las legislaturas o el Congreso Federal, e incluso también el Ejecutivo federal, tienen una mayor legitimidad democrática que un Tribunal. Así, Jochen Frowein et al., "The Protection...", cit., p. 240.



autorizada que del mismo puede realizar una jurisdicción especializada. La jurisprudencia del TEDH en torno al margen nacional de apreciación no viene sino a fijar un equilibrio entre estas dos exigencias ineludibles<sup>517</sup>: la del respeto a las valoraciones y políticas de los poderes democráticos del Estado también en este ámbito de los derechos fundamentales en atención a muy diversas circunstancias políticas, económicas, sociales, etc.; y la de hacer valer las propias disposiciones del CEDH que garantizan un *Bill of Rights* con un contenido determinado mínimo, que todo Estado firmante se ha comprometido a respetar desde el momento de la firma. No es preciso aclarar que el quid de la cuestión estriba en señalar el punto exacto de equilibrio en cada caso.

De este modo se explican las declaraciones del Tribunal en el sentido de que el margen nacional de discrecionalidad "no atribuye [...] a los Estados contratantes un poder ilimitado de apreciación [...] el Tribunal tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva sobre el hecho de si una restricción o sanción se concilia con la libertad" de que se trate. "El margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea" y ésta afecta tanto a la finalidad de la medida litigiosa como, en lo que ahora importa, a su "necesidad" en una sociedad democrática. Y por ello mismo la resolución final sobre la compatibilidad de las restricciones de que se trate con el Convenio —y, por lo que ahora interesa, en cuanto a si son, o no, "necesarias en una sociedad democrática"— corresponde al TEDH<sup>518</sup>, si bien no es su tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino apreciar, desde la perspectiva del Convenio, las decisiones dictadas en el ejercicio de su poder de apreciación por el Estado de que se trate<sup>519</sup>. En esta subsidiariedad del papel del TEDH respecto a los Estados partes reside la base fundamental de la doctrina del margen nacional de apreciación, según

---

517 Un Magistrado de TEDH, Judge De Meyer, ha formulado una opinión disidente en la que manifiesta que en el ámbito de los derechos fundamentales "no hay espacio para un margen de apreciación que habilitaría a los Estados para decidir lo que es aceptable y lo que no lo es", decisión que sólo corresponde al TEDH, no a los Estados miembros. En la STEDH de 25 de febrero de 1997 ("Z c. Finlandia"), opinión disidente parcial. Y en otra sentencia formuló dicho Magistrado una opinión concurrente en la que se mantiene en su posición, añadiendo que habría sido suficiente para el Tribunal reconocer que el Estado reclamado no había actuado arbitraria o irrazonablemente o no había logrado un equilibrio justo entre los respectivos intereses implicados". STEDH de 22 de abril de 1997 (X, Y y Z c. *Reino Unido*), opinión concurrente. Cito por Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., p. 35. Pero como este autor señala con toda cordura, abolir la doctrina del margen de apreciación, como se pretende en dichos votos particulares, no significa abolir la necesidad de variaciones en el alcance de revisión del Tribunal ni, añadimos nosotros, la necesidad de respetar distintos márgenes de apreciación a cada Estado en ciertos ámbitos. Lo único que implicaría sería hacer esas variaciones más oscuras (todavía, si se quiere) y, en consecuencia, reducir la transparencia y calidad del razonamiento del Tribunal (p. 35).

518 STEDH, de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §49; STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §97.

519 STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §50.

**b.- Ámbito de aplicación y criterios para determinar su alcance**  
**a'.- Ámbito de aplicación de la doctrina**

Aquí reside el carácter problemático de esta construcción del "margen nacional de apreciación" pues, como nos dice Beddard, aunque es claro que el CEDH no podría operar sin este concepto del margen de apreciación u otro análogo, la cuestión está en el concreto alcance que se le da<sup>521</sup>, ya sea con carácter general, ya sea para cada caso concreto.

La doctrina del margen nacional de apreciación la ha aplicado el TEDH, en primer lugar, al concepto de "necesidad en una sociedad democrática" a que venimos refiriéndonos y que aparece expreso en los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 CEDH<sup>522</sup>, pero también se aplica en realidad esta doctrina al derecho a la libertad física del artículo 5<sup>523</sup>, al derecho a un juicio justo del artículo 6<sup>524</sup>, al derecho al matrimonio del artículo 12, al principio de igualdad del artículo 14<sup>525</sup>, así como al

520 Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., p. 31. Es de destacar, por otra parte, una doctrina especial sentada por el TEDH con relación al derecho de sufragio, activo y pasivo, que tiene una relación, indirecta al menos, con el margen nacional de apreciación, si bien no coincide con éste pues lo que afirma el Tribunal es que, respecto del citado derecho, "cualquier sistema electoral debe valorarse a la vista de la evolución política del país de que se trate, de manera que características inadmisibles en el marco de un determinado sistema pueden estar justificadas en otro, al menos en tanto que cumpla las condiciones que aseguren 'la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del Cuerpo Legislativo'" (STEDH de 2 de marzo de 1987 (*Mathieu-Mohin y Clerfayt*), §54). Es claro que esta doctrina, aunque se sostenga sólo con relación al derecho de sufragio, sólo puede mantenerse en tanto se haga un uso muy restrictivo de la misma, pues es evidente que no encaja muy bien con las finalidades de cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos y menos todavía, con las del CEDH. En realidad, parece que se trata de una apreciación de la proporcionalidad en función, en cierto grado, de las características de cada Nación.

521 Ralph Beddard, *Human Rights...*, cit., p. 183.

522 Véase Clare Ovey, "The Margin of Appreciation and ...", cit., pp. 10 ss; Soren C. Prebensen, "The Margin of Appreciation and...", pp. 13 ss.

523 STEDH de 24 de octubre de 1979 (*Winterwerp*), §§40. Más recientemente, STEDH de 27 de septiembre de 1990 (*Wassink*), §25. Pero el margen nacional de apreciación, o la intensidad de control por el TEDH, varía para cada supuesto del artículo 5 CEDH e incluso, a veces, dentro de cada supuesto. Así, el control del TEDH respecto del supuesto de privación legítima de libertad para el cumplimiento de una condena judicial es, con carácter general, menor que respecto de los restantes supuestos, pero se amplía, sin embargo, cuando la sentencia impone una condena en la cual el elemento de la protección de la sociedad prevalece sobre el punitivo o retributivo, de forma que la condena posee una duración dependiente de la evolución del condenado (*Van Droogenbroeck*), o cuando se trata del internamiento de un enfermo mental (*X contra el Reino Unido*). Jesús María Casal, *Derecho a la libertad...*, cit., p. 65.

524 No obstante, a juicio de Schokkenbroek, se trata también aquí de un área en que no se puede dejar espacio a las opciones políticas, y la justificación de la "mejor posición" del Derecho interno no puede aquí aplicarse. Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., p. 34.

525 "El Tribunal ha señalado en varias sentencias que los Estados contratantes

derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo núm. 1<sup>526</sup>, al derecho a la educación del artículo 2 del citado Protocolo, o al derecho de sufragio del artículo 23 del mismo<sup>527</sup>. Se aplica, asimismo, a las obligaciones positivas que, para el Estado, puede conllevar un derecho como los de los artículos 6 u 8<sup>528</sup>.

La doctrina del "margen de apreciación" no resulta, en cambio, de aplicación, según la jurisprudencia del TEDH, a los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de torturas y de penas o tratos inhumanos o degradantes)<sup>529</sup>, 4 (prohibición de esclavitud y trabajos obligatorios o forzados). Ello parece poder explicarse, fundamentalmente, por la importancia capital de estos derechos, así como por su propia

disfrutan de un cierto 'margen de apreciación' para determinar si, y en qué medida, las diferencias en situaciones de otro modo similares justifican un diferente tratamiento jurídico": STEDH de 28 de noviembre de 1984 (*Rasmussen*), §40; STEDH de 21 de febrero de 1986 ("James y otros"), §75; STEDH de 28 de octubre de 1987 (*Ilze c. Austria*), §41; y STEDH de 28 de mayo de 1985 (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali*), §72. Sobre este tema, puede verse, además, Jeroen Schokkenbroek, "The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1, pp. 21 ss.

526 El concepto de "utilidad pública" como límite que es al derecho a la propiedad, y al igual que ocurre con otras expresiones del Convenio, está sujeto en primer término a la interpretación de las autoridades nacionales, que disfrutan por ello de cierto "margen discrecional", "debido al conocimiento directo de su propio país y de sus necesidades". Por ello, es a ellas en primer lugar a quienes corresponde resolver "tanto sobre la existencia de un problema de interés público que justifique las privaciones de propiedad como sobre las medidas que hay que tomar para ello"; "por ello, dichas autoridades disfrutan en esto de algún margen de discrecionalidad, como también ocurre en otros campos a los que se extienden las garantías del Convenio". El TEDH pone de relieve, "a mayor abundamiento", que "el concepto de 'utilidad pública' es amplio por su propia naturaleza", y lo es más si se atiende al dato de que "la promulgación de leyes que supongan la privación de la propiedad implica, generalmente, el examen de cuestiones políticas, económicas y sociales sobre las cuales pueden existir opiniones muy distintas en un Estado democrático", por lo que el legislador nacional debe gozar al respecto de "gran flexibilidad". Ello lleva al Tribunal a respetar la forma en que el legislador nacional conciba las exigencias de la utilidad pública, "salvo cuando se ponga de manifiesto que su criterio carece de razonable fundamento" pues el Tribunal no puede tampoco, ni debe, renunciar a enjuiciar y supervisar las medidas nacionales desde la perspectiva del Convenio. STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §46. Véase, al respecto, Yves Winisdoerffer, "Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol nº 1", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1, p. 18 y la jurisprudencia allí citada.

527 STEDH de 2 de marzo de 1987 (*Mathieu-Mohin and Clerfayt*), §§51-52 y 56-57.

528 Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and...", cit., pp. 31 ss, quien realiza una clasificación, desde una perspectiva más general, de los supuestos en que se aplica esta doctrina, clasificándolos en tres bloques, aunque reconociendo al unísono que no hay una separación completamente clara entre ellos (p. 32).

529 STEDH de 25 de abril de 1978 (*Tyrer*), §31: "El Tribunal no puede ser influenciado por la evolución y las reglas generalmente aceptadas de la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en esta materia"; y STEDH de 25 de febrero de 1992 (*Campbell y Cosans*), §29: "La amenaza de determinada medida no dejará de ser 'degradante', en el sentido del artículo 3, por el mero hecho de que esté consagrada por el transcurso del tiempo e incluso cuente con la general aprobación" (castigos corporales escolares).

configuración en la Convención, pues no sólo no prevé ésta de modo expreso excepciones de ningún tipo a estos derechos, sino que además el artículo 15, que realiza una regulación especial por la que se consiente la suspensión de los derechos del Convenio para los casos de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, no admite ninguna derogación o modulación de los derechos mencionados<sup>530</sup>.

Por lo demás, incluso en los casos en que en principio esta doctrina entraría en juego, en realidad no lo hace de modo automático, sino que hay muchas sentencias en las que esta doctrina no tiene ninguna virtualidad. Según Schokkenbroek, estas sentencias tienen en común que la existencia, o ausencia, de una violación del Convenio parece haber sido evidente para el Tribunal. En estos casos, con frecuencia, la sentencia se caracteriza por la unanimidad del fallo, por un lado, y por la brevedad del razonamiento, lo que vendría a brindar apoyo a esta hipótesis. La falta de aplicación de la doctrina se explicaría porque, en tales hipótesis, no habría ninguna necesidad de que el TEDH "autojustificase", a través de esta doctrina, su ámbito de enjuiciamiento, y su empleo podría quitar claridad y fuerza al fallo inequívoco del Tribunal<sup>531</sup>.

#### **b'.- Criterios para determinar su alcance**

En lo que al alcance de este margen nacional de apreciación se refiere, y desde una perspectiva general, debe decirse que el Tribunal ha entendido, por lo pronto, que este margen nacional de apreciación no supone que él deba limitarse a supervisar si el Estado en cuestión "ha usado este poder de buena fe, con discreción y de forma razonable. Incluso un Estado firmante que actúe de esta forma queda sometido al control del Tribunal en lo que atañe a la compatibilidad de su comportamiento con los acuerdos asumidos por el Convenio"<sup>532</sup>, con lo cual se adopta ya un primer posicionamiento acerca del alcance concreto del margen nacional de apreciación.

Pero por otro lado, el propio Tribunal ha reconocido también que "la amplitud del margen de apreciación varía según las circunstancias, los asuntos y el contexto"<sup>533</sup>, a pesar de lo cual no ha sentado hasta ahora unos criterios claros, uniformes y estables que expliquen su "política" jurisprudencial en esta materia. En realidad, un examen de su jurisprudencia no permite descubrir más que ciertos criterios orientativos.

---

530 Véase, al respecto, Johan Callewaert, "Is there a margin of appreciation of articles 2, 3 and 4 of the Convention?", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1, pp. 6 ss. Pero la prohibición de suspensión de estos derechos se refiere, en lo que respecta al artículo 4, sólo a la prohibición de la esclavitud o servidumbre, no a la de trabajos forzados u obligatorios.

531 Esta es la tesis de Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., p. 34 y cita como caso extremo al respecto STEDH de 28 de noviembre de 1997 (*Mentes v. Turkey*). Con relación al derecho a no sufrir discriminación, véase Jeroen Schokkenbroek, "The Prohibition of Discrimination...", cit., p. 23.

532 STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §59.

533 STEDH de 28 de diciembre de 1984 (*Rasmussen*), §40.

Así, el alcance de dicho margen de apreciación "queda afectado no sólo por la naturaleza de la finalidad de la restricción, sino también por la naturaleza de las actividades implicadas"<sup>534</sup> o por la existencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes<sup>535</sup>.

A partir justamente de un análisis de la jurisprudencia del TEDH, Schokkenbroek ha tratado de deducir algunos de los factores que influyen en el alcance variable del margen de apreciación, y ha fijado los cuatro siguientes: (1) la existencia de una base común reguladora en los países contratantes; (2) la naturaleza del fin perseguido y el contexto político; (3) la naturaleza de las actividades del reclamante y los intereses protegidos por el derecho; (4) las situaciones de emergencia<sup>536</sup>. Aunque no sin mostrar un cierto escepticismo acerca de una clasificación tal, y su carácter desde luego no cerrado, a la vista de lo determinante que es en este aspecto el casuismo jurisprudencial, trataremos en lo que sigue de precisar estos criterios a la luz de la jurisprudencia europea.

(1) El primer factor que influye en el alcance del margen de apreciación es la existencia, o no, de una "base común"<sup>537</sup> en el Derecho y la práctica de los Estados contratantes o los Estados miembros del Consejo de Europa, de manera que la existencia de rasgos comunes<sup>538</sup> juega en favor de un margen nacional de apreciación más estrecho, mientras que la diversidad en el Derecho y su práctica en los diferentes Estados opera en pro de un margen más amplio<sup>539</sup>. Pero no se trata éste de un criterio determinante por sí solo, pues el hecho de que un Estado se aparte de un consenso europeo no es, de por sí, razón suficiente para

534 STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §52.

535 STEDH de 28 de diciembre de 1984 (*Rasmussen*), §40.

536 Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., pp. 34-35; con relación al principio de igualdad, véase *id.*, "The Prohibition of Discrimination...", cit., pp. 20; con relación a la libertad de prensa, Soren C. Prebensen, "The Margin of Appreciation and...", cit. p. 15. Fernández Segado entiende que el ámbito del margen de apreciación "variará según la mayor o menor objetividad del concepto jurídico de que se trate. Conforme esa objetividad disminuye, aumenta el margen de apreciación de las autoridades nacionales". Este aspecto lo trataremos aquí como factor 2). Cfr. Francisco Fernández Segado, "La libertad de expresión en...", cit., p. 117.

537 STEDH de 28 de diciembre de 1984 (*Rasmussen*), §40: "La presencia o ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes puede constituir un factor" determinante de "la amplitud del margen de apreciación" nacional.

538 La existencia de "base común" se determina, en ocasiones, a partir de la propia Convención, en otras a partir de los instrumentos internacionales, pero también puede basarse en un simple análisis comparativo del Derecho y la práctica de los Estados europeos.

539 Compárense STEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees*), §§37-38 y STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §§60-61. En la primera, con relación a una persona transexual, se subraya la falta de consenso europeo en la regulación acerca de cómo tales individuos deben ser tratados y se reconoce un margen estatal de apreciación amplio; en la segunda, se pone de relieve cómo en la gran mayoría de los Estados miembros no se penalizan, en principio, las conductas homosexuales, aplicando un margen nacional de apreciación estrecho (pese a tratarse de un asunto de naturaleza moral, pero que afectaba a una faceta fundamental de la persona).

concluir que ha violado la Convención, especialmente en asuntos ligados a las tradiciones nacionales y culturales<sup>540</sup>. Opera, más bien, como factor complementario. Y es un factor que parece tener un mayor juego con relación al artículo 14 que con respecto a los artículos 8 a 11<sup>541</sup>.

(2) Otro factor importante para fijar el alcance exacto del margen nacional de apreciación viene dado por la naturaleza del fin perseguido por la medida restrictiva, factor éste inescindiblemente ligado al anterior. Al respecto, ha sentado, en efecto, el TEDH la importante doctrina de que el mencionado margen o poder interno de apreciación "no tiene una amplitud idéntica" para cada una de las finalidades legítimas admitidas por el Convenio para la limitación de los derechos fundamentales o, al menos, para la limitación de la libertad de expresión, que es, más concretamente, el derecho fundamental con respecto al cual sienta el TEDH la anterior doctrina. En concreto, entenderá el Tribunal que ese margen de apreciación es mayor —y por consiguiente, menos intenso el control por el TEDH— para el Estado a la hora de limitar la libertad de expresión con base en la finalidad de "protección de la moral"<sup>542</sup> que sobre la base del principio de proteger "la autoridad e independencia del Poder Judicial"<sup>543</sup>.

Ello es así por cuanto que, mientras la moral "varía en el tiempo y en el espacio en nuestra época"<sup>544</sup> (no hay, pues, una base europea común en la materia, sino diferentes "estándares éticos"<sup>545</sup>) y por ello "los poderes del Estado se encuentran, en principio, en mejor situación que los Tribunales internacionales para pronunciarse sobre el contenido preciso de

540 Véase, en este sentido, expresamente, STEDH de 18 de diciembre de 1987 (*F. c. Suiza*), §33.

541 Jeroen Schokkenbroek, "The Prohibition of Discrimination...", cit., p. 21.

542 Y, en otra ocasión, parece sostener el Tribunal que ese margen de apreciación es todavía mayor cuando el fin legítimo que se busca es la protección de la moral en una concreta esfera: la que afecta a cuestiones de creencia sobre la naturaleza de la vida humana, si bien es cierto que la concreta decisión adoptada por el Tribunal en ese caso concreto no parece adecuarse a la opinión anterior. STEDH de 29 de octubre de 1992 (*Open Door y Dublin Well Woman*), §68.

543 STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §59.

544 En el asunto *Dudgeon*, el TEDH conocería de un caso en el que, dentro de un mismo país (Reino Unido), había una parte de la población y del país que tenía una concepción moral diversa de la de la otra parte respecto de las conductas homosexuales, que estaban penalizadas en Irlanda del Norte, aunque desde hace años que no se aplicaban dichas leyes en la práctica; mientras que, dentro del propio país, en Inglaterra y Gales, dichas conductas homosexuales estaban discriminadas, como en la mayor parte de los Estados contratantes. El Tribunal, pese a la reconocida valoración moral sobre este tema en Irlanda del Norte y en el resto del país, entendió que la legislación de la primera que declaraba ilegal la conducta homosexual entre hombres mayores de 21 años en privado violaba el artículo 8 CEDH, aunque se formularon varias opiniones disidentes por estimar que el Tribunal no había respetado el margen nacional de apreciación. STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §§60-61. También el Tribunal Supremo USA ha reconocido relevancia a los estándares locales comunitarios a efectos de determinadas medidas limitadoras de los derechos por razones de moral (así, persecución de la obscenidad). Jochen Frowein, Monica Seccombe and Joseph Weiler, "The Protection...", cit., p. 241.

545 STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §46.

estas exigencias", "no puede decirse lo mismo de la noción, mucho más objetiva, de 'autoridad' del Poder Judicial", sino que en esta materia "existe una gran concordancia de puntos de vista entre el Derecho interno y la práctica de los Estados firmantes. Se refleja en una serie de cláusulas del Convenio, cuyo artículo 6 no tiene equivalente con el término 'moral'. A una libertad de apreciación menos discrecional corresponde, pues, un control europeo más extendido"<sup>546</sup>.

El margen nacional de apreciación es reconocido como muy amplio, por otro lado, en el ámbito, por ejemplo, del derecho de propiedad<sup>547</sup>, o en el de las políticas estatales económicas o

---

546 STEDH de 26 de abril de 1979 (*Sunday Times*), §59. Esta doctrina será puesta en cuestión por 9 de los Jueces del TEDH en su voto particular a esta sentencia: "No podemos compartir esta opinión [...] Incluso si existe, en cuanto al fondo del artículo 6, una concordancia de puntos de vista tan grandes entre los Estados firmantes, las instituciones y el procedimiento judiciales pueden diferir profundamente de un país a otro. La noción de "autoridad del Poder Judicial", contrariamente a como se admite por la mayoría del Poder Judicial, no puede separarse de las circunstancias nacionales ni valorarse de manera uniforme [...] Pertenece, pues, a las autoridades nacionales competentes apreciar inicialmente la realidad del peligro al que está expuesta la autoridad judicial y juzgar las medidas restrictivas que son necesarias para detener este peligro. Las restricciones en cuestión podrán ser diferentes según el sistema judicial y las tradiciones jurídicas del país. El Estado competente es libre para decidir el método más adecuado para garantizar la autoridad del Poder Judicial dentro de los límites que se concilien con las exigencias de una sociedad democrática [...] Esto no puede interpretarse en el sentido de que toda restricción de la libertad de expresión juzgada como necesaria por el juez nacional para la observancia de la ley deba considerarse necesaria desde el punto de vista del Convenio". Por el contrario, es posible que "las medidas consideradas como necesarias para prevenir estos efectos [sobre la buena administración de justicia] sobrepasen los límites que comporta la noción de "medidas necesarias en una sociedad democrática" en el sentido del artículo 10.2. El Tribunal, en la consideración del caso, tiene que prestar especialmente atención al respeto de este factor fundamental en el sistema del Convenio".

547 Si la doctrina del "margen de apreciación" tiene su fundamento en la propia literalidad del CEDH es con relación al derecho de propiedad. No puede, por ello, extrañar que la revisión del TEDH se limite en la práctica a verificar, en abstracto, si la privación de la propiedad perseguía un fin legítimo de "utilidad pública", como asegurar una mayor justicia social, promover la racionalización de la agricultura, combatir la evasión fiscal o prevenir el abuso de terrenos agrícolas o forestales; o si el uso de la propiedad tiene lugar "de acuerdo con el interés general", que puede venir constituido por la protección de la moral, la regulación de la venta de bebidas alcohólicas en el marco de la política social del Estado, el planeamiento urbanístico, la protección del medio-ambiente, la política de vivienda y la preservación de pruebas de un delito y la prevención de cualquier agravación del delito. Sobre ello, véase Yves Winisdoerffer, "Margin of Appreciation...", p. 18 y la jurisprudencia allí citada, especialmente STEDH de 9 de diciembre de 1994 (*Monasterios c. Grecia*), §69 y STEDH de 23 de abril de 1996 (*Phocas c. Francia*), §55. Pero el TEDH viene a aplicar aquí también un control de proporcionalidad de las medidas adoptadas para lograr el fin perseguido. En cualquier caso, el citado autor, entre otros, entiende que el TEDH debería llevar a cabo un examen más profundo y detallado de las interferencias. Se critica además el carácter profundamente casuístico de la jurisprudencia, de forma que el único principio jurisprudencial claro es el la obligación estatal de compensación por la privación de la propiedad.

medioambientales<sup>548</sup> o de la seguridad del Estado<sup>549</sup>, o con respecto a las blasfemias<sup>550</sup>, o con relación a derechos que implican la asunción por el Estado de obligaciones positivas (por ejemplo, reorganizar su régimen legal de indicación del sexo en ciertos documentos formales, con relación a los transexuales)<sup>551</sup>, o con relación al cuidado de los hijos<sup>552</sup> y al planeamiento

548 Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., pp. 34-35.

549 STEDH de 26 de mayo de 1987 (*Leander c. Suecia*), §59, reconociendo un amplio margen de apreciación a los Estados para determinar en qué condiciones y supuestos una persona que se considera un riesgo para la seguridad del Estado no puede ocupar puestos sensibles en la Administración. También, STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klass y otros*), §§48-50: el Tribunal no debe, en principio, sustituir la valoración de las autoridades nacionales de cuál es la mejor política (sobre vigilancia secreta del correo y las telecomunicaciones en ciertos supuestos atinentes a la seguridad del Estado) por su propia valoración; de ahí que se le reconozca un margen de apreciación notable a los Estados, aunque no una licencia ilimitada. Ralph Beddard, *Human Rights...*, cit., p. 184; Soren C. Prebensen, "The Margin of Appreciation and...", cit. p. 16. Este último autor entiende que debe haber, no obstante, un margen nacional estrecho de apreciación cuando se trate de la crítica, hecha de buena fe para llamar la atención de la opinión pública sobre un asunto de interés público, en la prensa de prácticas irregulares de los servicios secretos.

550 Ello se explica en cuanto que la blasfemia afecta a las más profundas e íntimas convicciones de los creyentes, además de que, como el TEDH ha señalado, "No hay una concepción europea uniforme de las exigencias de 'la protección de los derechos de otros' con relación a los ataques a sus convicciones religiosas. Lo que probablemente causa una ofensa considerable a personas de una confesión particular variará significativamente de un momento a otro y de lugar a lugar, especialmente en una era caracterizada por un conjunto siempre creciente de fes y confesiones" por lo que las autoridades se encuentran en mejor posición, en principio, para determinar qué "restricciones" a la libertad de expresión son "necesarias en una sociedad democrática". STEDH de 25 de noviembre de 1996 (*Wingrove c. Reino Unido*), §58.

551 Esta es la tesis de Francis Jacobs and Robin C. A. White, *The European Convention...*, cit., p. 308. Clare Ovey, "The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1, piensa, sin embargo, que en realidad no puede señalarse ninguna distinción clara entre la amplitud del margen de apreciación permitido a los Estados en los casos que implican obligaciones positivas y obligaciones negativas. Son, más bien, otros factores los que resultan decisivos: la naturaleza del interés del individuo, la divergencia en los estándares nacionales, o la naturaleza del interés público contrapuesto. La verdad es que la cuestión no está totalmente clara. Así, por ejemplo, en el caso *Rees*, parece en principio que el Tribunal deduce el amplio margen de apreciación más bien de la divergencia de criterios legales en los diversos países: STEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees*), §37, pero, en cambio, en su §44 sí que se observa cierta relación. Algo semejante ocurre en STEDH de 18 de diciembre de 1986 (*Johnston*), §55. Sobre la misma cuestión del caso *Rees*, en el caso *Cossey* (sobre transexuales) se subraya que sigue habiendo en la materia importantes diferencias entre los ordenamientos nacionales y es justamente por ello por lo que "se trata de un campo en el que todavía los Estados Contratantes, debido a sus escasas coincidencias, disfrutan de una amplio margen de apreciación". STEDH de 27 de septiembre de 1990 (*Cossey*), §40.

552 STEDH de 27 de noviembre de 1972 (*Olsson*), §90; Clare Ovey, "The Margin of...", p. 12, cuya exposición de la doctrina del TEDH seguimos a continuación. Dada la "mejor posición" de las autoridades nacionales y la necesidad frecuente de adoptar decisiones difíciles y delicadas muy rápidamente, se permite a dichas autoridades un margen de apreciación, que se reconoce como amplio respecto a la valoración de la



urbanístico<sup>553</sup>.

(3) Un tercer factor determinante del alcance del margen nacional de discrecionalidad viene constituido por la naturaleza de las actividades del reclamante y los intereses protegidos por el derecho, así como la gravedad o amplitud de la intervención en el mismo. Aquí se agrupan los tres factores establecidos por el TEDH en el caso *Buckley*: la naturaleza del derecho en cuestión, su importancia para el individuo y la naturaleza de las actividades concernidas<sup>554</sup>. Hay aquí, según Schokkenbroek, que distinguir cuatro aspectos<sup>555</sup>: a) la importancia del ejercicio del derecho para el bienestar y desarrollo del individuo. Si el ejercicio del derecho es considerado como crucial para el bienestar del

necesidad de "of taking a child into care". Dado que las decisiones en este campo son con frecuencia irreversibles (un niño que ha sido apartado de sus padres puede con el curso del tiempo establecer nuevos vínculos que no se romperían con un nuevo contacto con los padres), la necesidad de protección contra las interferencias arbitrarias es especialmente intensa, por lo que el Tribunal se limita a revisar el proceso de adopción de la decisión, incluyendo si se dieron razones relevantes y suficientes y si los padres, de haber sido ello posible, fueron consultados. No obstante, el Tribunal aplica un escrutinio estricto con relación a todas las medidas de restricciones al acceso a los niños, no sólo porque pueden desarraigar la vida familiar compartida entre el padre y el niño, sino también porque el interés público en proteger al niño conlleva un peso menor una vez que aquel se encuentra en un lugar seguro.

553 STEDH de 24 de noviembre de 1986 (*Gillow*), §56. En particular, en el ámbito del derecho a la propiedad, por poner un ejemplo, va el Tribunal de Estrasburgo a reconocer como de "utilidad pública" una legislación, de reforma de la Ley de arrendamientos, que permite al arrendatario de largo plazo (concretamente al arrendatario que reside en la casa por un contrato de duración inicial, o por prórrogas, superior a veintidós años, y que entrega al contratar un capital inicial y paga luego una renta muy reducida) adquirir la propiedad mediante una compraventa, forzosa para el vendedor, por un precio (indemnización) determinado por un sistema de bases por la propia ley y en las condiciones que esta misma establece. Y así lo entiende el Tribunal sobre la base de que, si bien es cierto que la justicia o la injusticia de esta norma puede suscitar distintas y justificadas opiniones y ambos juicios pueden tener cierta base, "no se puede considerar como manifiestamente infundado el criterio del Parlamento británico sobre la existencia de una injusticia social" pues "hay bastantes circunstancias" para considerar justificado ese criterio: "era una cuestión objeto de la preocupación general desde hacía casi un siglo"; "al tiempo de promulgarse la ley de 1967, los partidos políticos más importantes aceptaban todos el principio del rescate o redención, aunque con discrepancia sobre las modalidades de ejecución". Puede, por ello, concluirse que "la manera con que el legislador tuvo en cuenta las circunstancias económicas y legales que eran del caso [...] estaba incluida dentro de los límites del margen de apreciación del Estado". Para ello, el Tribunal tiene en cuenta que, "en un arrendamiento para construir, el primer arrendatario habrá edificado la casa; en un arrendamiento con pago inicial, habrá satisfecho un capital calculado habitualmente según el costo de la construcción, y en los dos casos todas las reparaciones habrán sido de su cuenta y de la de sus sucesores". Ello implica que "el arrendatario y sus predecesores, en el transcurso de los años, habrán invertido importantes cantidades en un inmueble que es su hogar; y el propietario, después de haber otorgado el arrendamiento inicial, no habrá contribuido, por lo general, a la conservación de la finca". STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §§48-49.

554 STEDH de 25 de septiembre de 1996 (*Buckley*), §74.

555 Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., p. 35.

individuo, por ser una faceta particularmente importante para su existencia o su identidad, el margen de apreciación tiende a ser más estrecho<sup>556</sup>; b) la importancia de las actividades protegidas del reclamante y los intereses para el proceso democrático. El margen de apreciación es, así, estrechado (y estricto el escrutinio del TEDH) en casos que afectan al pluralismo religioso<sup>557</sup>, a los partidos políticos con respecto a la libertad de reunión y asociación<sup>558</sup>, al derecho a participar en una manifestación pacífica<sup>559</sup>, a las condiciones más básicas de la libertad de prensa<sup>560</sup>, al discurso político (como después veremos), o a las críticas al poder judicial<sup>561</sup>; c) la gravedad o intensidad de la intervención en el derecho ha sido también destacada

---

556 Así, cuando están en juego "valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada" como el derecho de una mujer (disminuida psíquica) a su integridad física y a no ser sexualmente asaltada, no se puede dejar su protección a la discrecionalidad del Estado, sino que es indispensable una disuasión efectiva en forma de sanciones penales frente agresiones sexuales graves, sin obstáculos procesales que lo impidan. STEDH de 26 de marzo de 1985 ("X e Y"), §23. También ocurrió así en el asunto *Dudgeon*, ya comentado, en el que pese al margen nacional de apreciación reconocido con relación a la moral con carácter general, se entendió que la prohibición penal de ciertas formas de conducta homosexual afectaba "a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada" del reclamante, por lo que el margen de apreciación nacional se estrechó, requiriendo el Tribunal razones particularmente graves para justificar esa penalización como "necesaria en una sociedad democrática". STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §§60-61.

557 En cuanto que el pluralismo religioso es un rasgo inherente a la sociedad democrática, el margen nacional de apreciación con respecto del artículo 9 es muy estrecho. Véase, STEDH de 26 de octubre de 1996 (*Manoussakis y otros*), §44.

558 STEDH de 30 de enero de 1998 (*Partido Comunista de Turquía y otros*), sobre disolución de este Partido por denominarse "comunista" y referirse sus Estatutos y programa a dos naciones (la turca y la kurda), poniendo pretendidamente en peligro la unidad nacional y la integridad territorial. La disolución, a juicio del Tribunal, no era "necesaria en una sociedad democrática".

559 STEDH de 26 de abril de 1991 (*Ezelin*), §§48 ss.

560 La prensa tiene una posición privilegiada con relación al artículo 10, aunque no siempre las restricciones a la libertad de prensa se han sujetado a un escrutinio estricto, dejando a las autoridades nacionales un margen estrecho de apreciación. Pero sí ha sido así cuando las medidas afectaban a las condiciones más básicas de aquella libertad. En concreto, se ha reconocido un margen estrecho de apreciación a los límites previos, a las limitaciones sobre la confidencialidad de las fuentes periodísticas, y a las interferencias del Estado en la elección de las técnicas de información periodística. En cambio, cuando la queja se refiere exclusivamente al grado de severidad de una sanción sobre expresiones que pueden ser en sí mismas justificablemente restringidas a partir del artículo 10.2, el margen nacional de apreciación es amplio pues no hay una base común europea sobre la respuesta adecuada de la sociedad a un discurso tal.

561 Soren C. Prebensen, "The Margin of Appreciation and...", cit. p. 14. Se trata de "una institución que es esencial para una sociedad democrática", pero que no es un poder peligroso en sí mismo, o lo es al menos en menor medida que el poder legislativo o el ejecutivo y tiene una función mucho más circunscrita, además de que depende de la confianza pública y de que los jueces no suelen poder responder por estar frecuentemente sujetos a un deber de discreción. Ello explica justamente que el margen de apreciación, aun siendo estrecho, sea mayor que el que afecta a las restricciones a las críticas a los otros dos poderes del Estado, o a los políticos que a ellos pertenecen (p. 15).

por el TEDH en algunos casos para justificar un escrutinio estricto y, por consiguiente, un margen estrecho de apreciación. Se contrapone, en este sentido, en el área del derecho a la vida privada, las decisiones en los casos *Dudgeon* (en que se afectaba "al más íntimo aspecto de la vida privada", como es la sexualidad<sup>562</sup>) y *Leander*; d) la naturaleza de la distinción influye con relación al derecho a no sufrir discriminación del artículo 14 un rol similar al de la gravedad de la intervención. El margen de apreciación es escaso, o incluso nulo, para distinciones basadas en el sexo<sup>563</sup>, la religión<sup>564</sup>, el nacimiento<sup>565</sup> o la nacionalidad<sup>566</sup> y probablemente también la raza<sup>567</sup>. En cambio, ese margen nacional es amplio con respecto a las diferencias de tratamiento basadas en la propiedad<sup>568</sup>.

(4) En situaciones de emergencia, o en general situaciones que requieren acción urgente de las autoridades públicas, se admite un margen amplio de apreciación de las autoridades nacionales en razón de la rapidez con la que necesariamente deben aquellas enfrentarse a la situación y responder a ella y acaso también debido a la intensa naturaleza política de

562 STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §52.

563 Véase, por ejemplo, STEDH de 28 de mayo de 1985 (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*), §78, sobre una alegada discriminación que el Estado demandado justificaba por razones de política inmigratoria y tranquilidad pública: "la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye hoy un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ello supone que sólo razones muy poderosas podrían conducir a estimar compatible con el Convenio una distinción fundada en el sexo". Se aproxima así el TEDH a la doctrina del Tribunal Supremo estadounidense de las "categorías sospechosas".

564 STEDH de 23 de junio de 1993 (*Hoffmann c. Austria*), §36; STEDH de 16 de diciembre de 1997 (*Iglesia Católica canea c. Grecia*), §47. "A pesar de algunos posibles argumentos en sentido contrario, una distinción basada esencialmente sólo en la religión no es aceptable", sin referencia siquiera al margen de apreciación.

565 Sobre la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos como no admisible en el marco del Convenio, sin referencia siquiera al margen de apreciación, STEDH de 13 de junio de 1979 (*Marckx*), §§48, 62 y 65; STEDH de 28 de octubre de 1987, (*Inze*), §41: una diferenciación de este tipo sólo podría admitirse cuando existan razones de mucho peso. Sin embargo, véase también STEDH de 28 de mayo de 1985 (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali*), §87: "existen en general convincentes razones sociales para otorgar un trato especial a las personas cuyos vínculos con un país derivan de su nacimiento en su territorio" (con referencia a un permiso de establecimiento en favor de un cónyuge no nacional).

566 STEDH de 16 de septiembre de 1996 (*Gaygusuz c. Austria*), §42, aunque ello no es de aplicación a la distinción entre ciudadanos comunitarios y no comunitarios: STEDH de 7 de agosto de 1996 (*C c. Bélgica*), §38.

567 En general, sobre el principio de igualdad y el margen de apreciación, véase Jeroen Schokkenbroek, "The Prohibition of Discrimination...", cit., p. 22. Véase, no obstante, STEDH de 28 de mayo de 1985 (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*), §§84 ss: "Al restringir como lo hacen la libertad de entrada, las políticas de inmigración suelen realizar distinciones basadas en la nacionalidad de las personas, e indirectamente en su raza, origen étnico o color. Aunque un Estado no podría desarrollar 'una política de carácter puramente racista', el dar un trato de favor a sus nacionales o a personas de países procedentes de los países con los que tenga vínculos más estrechos no constituiría una 'discriminación racial'".

568 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §77.

estos casos. Así se comprueba en los casos del artículo 15, pues "los límites de la facultad del Tribunal [...] se manifiestan con especial claridad en el ámbito del artículo 15", donde las autoridades nacionales gozan de un "amplio margen", aunque tampoco aquí tienen "un poder ilimitado", por lo que "el margen nacional de apreciación está, pues, acompañado de una fiscalización europea"<sup>569</sup>.

Estos cuatro factores no nos proporcionan unas reglas fijas y sólidas, sino más bien una cierta orientación de los criterios utilizados por la jurisprudencia de Estrasburgo hasta ahora. Como Schokkenbroek nos dice, "ninguno de estos factores es absoluto. Su influencia para un caso dado es relativa: un factor puede reforzar a otro cuando ambos señalan en la misma dirección; un factor puede también compensar la influencia de otro factor cuando señalan en direcciones opuestas. Un ejemplo clásico es el caso *Dudgeon*, donde el hecho de que el objetivo de la interferencia fuera 'la protección de la moral' (factor (2)) no impidió que el Tribunal asumiese un margen estrecho de apreciación por cuanto que el caso concernía a una interferencia seria en el núcleo del derecho y porque el Derecho vigente y la práctica revelaban una base común europea en el área en cuestión" (factores (3) y (1), respectivamente)<sup>570</sup>.

Se trata, en cualquier caso, fundamentalmente, de criterios deducidos de la práctica del TEDH pero que no han sido formulados de un modo completamente sistemático por el Tribunal y que ni siquiera puede afirmarse que éste haya aplicado siempre con la conciencia, claridad y consistencia que serían deseables y la doctrina le reclama<sup>571</sup>. En cualquier caso, a nuestro modo de ver, una cierta laxitud o flexibilidad en esta materia resulta inevitable —de forma en cierto modo similar a como ocurre, *mutatis mutandis*, con todos los Tribunales Constitucionales<sup>572</sup>—, si bien sería de desear que el TEDH formulara de manera sistemática los criterios orientativos de su práctica al respecto, a modo de autodisciplina intelectual que dotaría, asimismo, a su jurisprudencia de una mayor "seguridad" y "previsibilidad", no inferiores a las que él reclama a las legislaciones nacionales.

569 STEDH de 18 de Enero de 1978 (*Irlanda*), §207, con referencia al margen nacional de apreciación en lo que a la proporcionalidad se refiere.

570 Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., p. 35.

571 Jeroen Schokkenbroek, "The Basis, Nature and Application...", cit., p. 36. Dicho autor le reclama también al TEDH que opere más, directamente, con la categoría de la intensidad de control y no indirectamente a través del llamado "margen de apreciación", además de que haga más claros y expresos los criterios con los que opera, algo que parece venir practicando el Tribunal con una frecuencia cada vez mayor en los últimos tiempos.

572 Todos los tribunales constitucionales practican un cierto *self-restraint* que varía según diversos factores, aparte ya de la cambiante realidad político-económica y social, y de los cambios periódicos en su composición, tan importantes como poco considerados en general, y que afectan también, por supuesto, al TEDH.

## C') La proporcionalidad de la medida interventora en el derecho fundamental

### a.- Origen y ámbito aplicativo

La exigencia de que la medida de intervención en un derecho fundamental sea "necesaria en una sociedad democrática" conlleva también, y sobre todo<sup>573</sup>, la exigencia de que, para estar de acuerdo con el Convenio, la intervención responda especialmente a "una necesidad social imperiosa" y sea "proporcionada a la finalidad legítima perseguida"<sup>574</sup>. Se enuncia así el conocido como principio de "proporcionalidad", término este último, por cierto, que no podrá encontrarse en ningún lugar del CEDH, ni de sus Protocolos adicionales, y mucho menos enunciado como un principio para valorar la conformidad al CEDH de toda limitación a los derechos fundamentales, pero que no resultaba difícil deducir de la regulación del Convenio, ni habría tampoco resultado sencillo aplicar la Convención con una mínima operatividad sin recurrir a este principio o a una técnica más o menos análoga.

Este principio tiene su origen, por lo que a la jurisprudencia del TEDH se refiere, en la interpretación de dicho Tribunal del artículo 15 CEDH. Este artículo establece que la posibilidad para los Estados de derogar las obligaciones que les son propias como tales Estados en casos de guerra u otro peligro que amenace la vida de la nación sólo se justifica, entre otras condiciones que ahora no interesan, "en la estricta medida en que lo exija la situación". Esta última expresión será la que dé pie al Tribunal, en un temprano caso, a aplicar un control de proporcionalidad a las medidas de derogación adoptadas por un Estado para enjuiciar así su conformidad al Convenio. Aunque el Tribunal, a diferencia del demandante en ese caso, no utilizó el término proporcionalidad, sí vino a aplicar por vez primera dicho principio<sup>575</sup>.

Pero pronto iba el TEDH a extender este control de proporcionalidad al control de los límites a los derechos previstos en los artículos 8 a 11, en cuanto que en los segundos párrafos de estos artículos se exige que las medidas restrictivas de estos derechos sean "necesarias en una sociedad democrática", entendiendo el Tribunal que esta exigencia lo es de una "necesidad social imperiosa" y, en lo que ahora importa, "proporcionada a la finalidad legítima perseguida", como hemos ya señalado. Pero el Tribunal va a ir incluso más allá, extendiendo esta exigencia de proporcionalidad prácticamente a todos los demás derechos

573 Por ejemplo, STEDH de 20 de junio de 1988 (*Schönenberger y Durmaz*), §27 y STEDH de 21 de junio de 1988 (*Berrehab*), §28.

574 STEDH, de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside*), §§48-49; STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver y otros*), §97.

575 La alegación del demandante Lawless de que la medida era "desproporcionada respecto a las estrictas exigencias de la situación" puede verse en STEDH de 1 de julio de 1961 (*Lawless*), §32; y para la aplicación por el TEDH del control de proporcionalidad, véanse los §§35 ss. Hasta ahora, con relación al artículo 15, el TEDH nunca ha considerado una derogación de la Convención desproporcionada. Véase también la STEDH de 18 de enero de 1978 (*Irlanda c. Reino Unido*), §§206 ss.

del Convenio, por medio de la llamada "proporcionalidad latente", que aplica bien para el control de la legitimidad de las restricciones, expresas o implícitas, a los derechos del Convenio, incluido el derecho a la igualdad (en el ejercicio de los derechos del Convenio) del artículo 14<sup>576</sup> o la prohibición de trabajos forzados u obligatorios<sup>577</sup>, bien para definir el

---

576 Por ejemplo, STEDH de 6 de febrero de 1976 (*Schmidt y Dahlström*), §§40-42 ("no se ha infringido el principio de proporcionalidad"); STEDH de 28 de mayo de 1985 (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali*), §77-83 y STEDH de 23 de julio de 1968 (*sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga*), §10: "Siguiendo los principios que pueden extraerse de la práctica jurídica de una gran número de Estados democráticos, [el Tribunal sostiene] que el principio de igualdad de tratamiento es violado si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe valorarse en relación al objetivo y efectos de la medida a considerar, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en una sociedad democrática. Una diferencia de tratamiento en el ejercicio de un derecho reconocido por la Convención no sólo debe perseguir un objetivo legítimo: el artículo 14 es igualmente violado cuando está claramente establecido que no hay ninguna relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende realizar". Aunque, según el TEDH, el artículo 14 protege contra cualquier discriminación a los individuos "que se encuentran en situaciones análogas", el Tribunal puede considerar "no necesario resolver esta cuestión", y partir de la hipótesis de que se encuentran efectivamente en situaciones análogas, y entrar en el examen de la proporcionalidad. Así, STEDH de 28 de diciembre de 1984 (*Rasmussen*), §35 y 37.

577 Según el TEDH las excepciones que el propio art. 4.3 CEDH contempla "no tiene[n] por cometido limitar el ejercicio del derecho garantizado en el párrafo 2º, sino 'delimitar' el contenido de este derecho, formando un todo con el párrafo 2º que lo garantiza (STEDH de 29 de noviembre de 1983 (*Van der Mussele*), §38. Ello resulta discutible, tanto más si se atiende al hecho de que el propio Tribunal sigue una técnica según la cual la estimación de que un trabajo no puede reputarse como forzoso u obligatorio según el artículo 4.2 "dispensa al Tribunal si el trabajo en cuestión estaba en todo caso justificado según el artículo 4.3" (que contempla las excepciones). Es innecesario decir lo contradictorio que ello resulta, así como resaltar la evidente analogía con la técnica de las limitaciones, especialmente en el caso de los artículos 8 a 11. En realidad, la práctica del Tribunal por medio de la aplicación de esta técnica deja en agua de borrajas, a nuestro modo de ver, su afirmación puramente teórica de que nos encontramos ante una "delimitación" del contenido. Sea cual sea la consideración que se dé a estas excepciones, lo cierto es que en la apreciación de lo que por trabajos forzados (caracterizados por la utilización de una coacción física o moral) u obligatorios se entiende, el TEDH ha venido a aplicar una cierta proporcionalidad, al menos en sentido amplio. El Tribunal, en el caso *Van der Mussele* valora, a estos efectos, entre otras circunstancias, el que un servicio obligatorio para un profesional liberal (servicios obligatorios de asistencia jurídica gratuita en favor de personas sin recursos económicos) conlleve una "carga demasiado pesada" u ostente "un carácter desproporcionado con las ventajas que comporta el ejercicio futuro de la profesión", además de la falta de remuneración y de reembolso de gastos por la prestación de ese servicio como "factor esencial desde el punto de vista de la proporcionalidad" y el monto de esos gastos ("relativamente pequeño", cursivas nuestras). También destaca, en fin, el Tribunal que la demandante "había elegido voluntariamente la profesión de abogado conociendo las consecuencias que ésta comportaba. En estas condiciones, sólo un auténtico desequilibrio no razonable entre la finalidad que se persigue —acceder al pleno ejercicio profesional— y la obligación que se asume para conseguir dicho propósito, podría justificar la conclusión de que los servicios exigidos a la demandante como asistente judicial tuviesen un carácter obligatorio a pesar de su consentimiento", lo

alcance concreto de un derecho, bien para determinar el alcance de una obligación positiva del Estado<sup>578</sup>.

En realidad, se quiera o no se quiera, y aunque desde luego el propio TEDH no lo haya reconocido siempre así de modo expreso, la aplicación del principio de proporcionalidad a todos estos derechos, incluso cuando no se aplica a sus restricciones, viene a suponer en realidad el reconocimiento de la necesidad de ponderar lo que sería el contenido *a priori*, sólo *a priori*, protegido de un derecho con otras exigencias imperiosas que tengan también base en el Convenio, para determinar así el concreto ámbito efectivamente protegido de ese derecho, lo que con frecuencia sólo puede determinarse en el caso concreto, y el TEDH, desde luego, se ha limitado siempre a la apreciación del caso concreto de que conoce. Ello, en realidad, viene a suponer, a nuestro modesto entender, la necesidad de marcar siempre algunos límites a todos los derechos o, dicho de otro modo, que no existen los derechos absolutos, sino que todos potencialmente tienen sus límites y que así ocurre, en particular, con los derechos que el Convenio reconoce.

Problema aparte es el que plantea el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes del artículo 3. A nuestro modo de ver, y desde una perspectiva estrictamente teórico-dogmática, como ya se ha destacado en el capítulo de teoría general, carece en realidad este derecho de verdadera autonomía como tal, pues no es más que una concreción del derecho a la integridad física y moral o, mejor dicho aún, un límite absoluto frente a los límites a este derecho. Si este último derecho a la integridad física y moral estuviese reconocido en el CEDH, lo anterior conllevaría la admisibilidad de restricciones al derecho a la integridad física y moral siempre que estuviesen previstas por la ley, respondiesen a una necesidad social imperiosa dentro del margen nacional de apreciación y resultaran proporcionadas, pero sin que en ningún caso se admitieran ni la tortura ni las penas ni los tratos inhumanos o degradantes. La apreciación de estas últimas conductas, como límite absoluto y último, requeriría, aun partiendo de una cierta delimitación

---

que no se aprecia en el caso. *Ibid.*, §40.

578 En efecto, el TEDH ha aplicado el principio de proporcionalidad tanto a los derechos con límites expresos en el CEDH (los derechos de los artículos 8 a 11: libertad de expresión, derechos al respeto a la vida privada y familiar, de la correspondencia y del domicilio, libertad de pensamiento, conciencia y religión, derechos de reunión y asociación (incluyendo la sindicación); derecho a la libertad física; derecho al matrimonio y a fundar una familia; y derecho a la propiedad) como a los derechos sin limitaciones expresas, especialmente el derecho a un juicio justo, pero también a los derechos a la educación y de sufragio, a la prohibición de trabajos forzados u obligatorios y, en los términos ya indicados, a la prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes. Y también se aplica el principio de proporcionalidad a los límites de las obligaciones positivas impuestas por los derechos de la Convención, tanto las que se derivan claramente del texto del Convenio (proteger la vida; proveer de condiciones de vida no inhumanas en las prisiones; proveer de tribunales, asistencia legal y traductores; mantener la celebración de elecciones libres), como las que el TEDH ha derivado de buena parte de los derechos del CEDH en su jurisprudencia.

conceptual de las mismas, la aplicación de un principio de proporcionalidad al derecho a la integridad física y moral.

El problema viene dado, sin embargo, porque la Convención no enuncia tal derecho a la integridad, ni el TEDH lo ha deducido tampoco como derecho implícito. Ello no ha impedido, sin embargo, al TEDH aplicar una cierta proporcionalidad, pero referida ésta al propio concepto de torturas, y de penas y tratos inhumanos o degradantes. Es decir, ha aplicado el Tribunal el principio de proporcionalidad al contenido mismo del derecho (la prohibición de las mencionadas conductas), que concibe como absoluto<sup>579</sup>. Ello sólo puede explicarse por la peculiaridad de la Convención

---

579 En efecto, el TEDH concibe al derecho del artículo 3 CEDH como un derecho absoluto y afirma así que las necesidades de la investigación y las innegables dificultades en la lucha contra el crimen en general, y el terrorismo en particular, no pueden en ningún caso llevar a la práctica de tratos inhumanos o degradantes, no resultando por ello justificados los golpes infligidos, en el marco de una investigación sobre la actuación de una banda terrorista, por la policía a un detenido y que le produjeron lesiones físicas acreditadas, aunque carentes de gravedad: dichos golpes constituyen un trato inhumano y degradante prohibido en todo caso por el Convenio. STEDH de 27 de agosto de 1992 (*Tomasí*), §. Por ello, desde el momento en que una conducta sea subsumible como una "tortura" o una "pena inhumana o degradante" habrá violación del derecho del art. 3 CEDH. El Tribunal de Estrasburgo no atiende, en principio, a la proporcionalidad de la medida en el sentido indicado. Lo único a constatar es si ha habido o no "torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes", hecho lo cual, la medida es, en todo caso, ilegítima según el Convenio. Parte para ello el Tribunal de que la prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes es una prohibición absoluta, puesto que ni siquiera en los supuestos excepcionales del artículo 15 de peligro para la vida de la nación puede derogarse por un Estado y además, según el Tribunal, no depende de los actos de la víctima (STEDH de 18 de enero de 1978 (*Irlanda c. Reino Unido*), §163). Sin embargo, ello no impide al Tribunal en realidad aplicar una cierta proporcionalidad en un doble plano: a) por un lado, en la concepción sostenida de lo que por "tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes" debe entenderse; b) por otro lado, porque en algún caso parece admitir que la finalidad pretendida por la medida juega algún papel a la hora de definirla como "tortura o pena o trato inhumano o degradante". Veamos los dos supuestos con detalle: a) Por un lado, el Tribunal entiende que "para que los malos tratos incidan en el artículo 3 se requiere un mínimo de gravedad. La apreciación de este mínimo es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc". Y para distinguir entre las torturas y los tratos inhumanos o degradantes se debe acudir "principalmente a la diferencia en la intensidad de los sufrimientos infligidos", pues la tortura se refiere "a los tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles", y sigue aquí el Tribunal la línea del artículo 1 de la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1975. Por ello, un trato inhumano y degradante que tiene por objeto arrancar confesiones, denuncias o informaciones y se aplica de forma sistemática, no es, sin embargo, una tortura si no ha causado sufrimientos de la intensidad y la crueldad especiales que implica la palabra tortura" (STEDH de 18 de enero de 1978 (*Irlanda c. Reino Unido*), §§162 y 167). Una simple amenaza de torturas puede, sin embargo, constituir en ciertas circunstancias "por lo menos un 'trato inhumano'" (STEDH de 25 de febrero de 1982 (*Campbell y Cosans*), §26). Y en cuanto a las penas inhumanas, exige el Tribunal que se ocasione un sufrimiento de una cierta intensidad. Y respecto de las



al no recoger un derecho a la integridad física y moral (o semejante)<sup>580</sup>,

penas degradantes, se exige que la humillación, ante uno mismo o ante los demás, "se produzca no por la mera condena, sino por la ejecución de la pena", de forma que dé lugar a una "humillación o envilecimiento" que alcancen "un nivel determinado" que diferencie a esa pena "del elemento habitual de humillación" que conlleva casi toda pena, lo cual "depende del conjunto de circunstancias del caso y, especialmente, de la naturaleza y del contexto de la pena, así como de la manera con que se ejecute" y ello "cualesquiera que sean sus efectos disuasivos" y aunque no haya habido publicidad (STEDH de 25 de abril de 1978 (*Tyrer*), §§29 y 31-32). Una doctrina parecida se sienta respecto de los tratos degradantes: STEDH de 25 de febrero de 1982 (*Campbell y Cosans*), §§28-29, donde se señala que para que haya un trato degradante tiene que alcanzarse un nivel mínimo de severidad que sólo puede determinarse atendiendo a las *circunstancias de cada caso*, entre las que valora el TEDH el hecho de que los *castigos corporales fueran generalizados en la Escuela británica y generalmente aprobados por los padres* ; b) en segundo lugar, debe destacarse que el TEDH ha señalado, en efecto, que los "intereses generales" podrían jugar un cierto papel a la hora de calificar una pena como inhumana o degradante. Así podría acaso deducirse del caso *Soering*. En él, parte el Tribunal de que "es inherente al conjunto de la Convención una búsqueda de un justo equilibrio entre las demandas del interés general [...] y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales del individuo". Y en particular, cuando el movimiento alrededor del mundo se hace más fácil, y el crimen adquiere una mayor dimensión internacional, es creciente el interés de las naciones en que los sospechosos de un delito que escapan fuera del país puedan ser conducidos ante la justicia. Por ello, "el establecimiento de refugios seguros para los fugitivos no sólo conduciría a un peligro para el Estado obligado a refugiar a la persona protegida, sino que también minaría los fundamentos de la extradición". Y por consiguiente, estas consideraciones deben ser también tenidas en cuenta "en la interpretación y aplicación de las nociones de penas o tratos inhumanos o degradantes en los casos de extradición": tanto las exigencias de los intereses generales como los derechos fundamentales afectados. Y así, con relación a la pena de muerte que probablemente se impondría al extraditable, deben valorarse también las circunstancias relativas a la sentencia, por ejemplo, la manera en que es impuesta o ejecutada esa pena, las circunstancias personales del condenado, una eventual desproporcionalidad a la gravedad del delito cometido, las condiciones de la detención mientras se espera la ejecución y la posibilidad de entregar al acusado a un tercer país que haya abolido la pena capital. Es claro, a nuestro juicio, que aquí sí que viene el Tribunal de Estrasburgo a aplicar, siquiera en este reducido ámbito, un principio de proporcionalidad, y proporcionalidad en sentido estricto —esto es, valorada con relación a la finalidad perseguida—, a los conceptos de penas o tratos inhumanos o degradantes, siquiera de forma moderada. En cualquier caso, ello no supone en realidad reconocer límites expresos a la prohibición, sino que más bien estaríamos ante unos límites inmanentes que operarían como factores coadyuvantes para la determinación de aquellos conceptos en un caso particular. Se trata, pues, de una relativa proporcionalidad que opera en el interior del derecho mismo, y una proporcionalidad que opera, además, en relación, en realidad, se reconozca o no explícitamente, al derecho a la integridad física.

580 Esta es, a nuestro modo de ver, la dificultad especial con la que se encuentra el TEDH: la de que en su texto no se prevé ningún derecho a la integridad física y moral que permita cubrir todos aquellos tratos que resultan inadmisibles o censurables pero no constituyen torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes. El TEDH parece reconocerlo al afirmar, en el caso *Irlanda contra Reino Unido*, que "existen [...] actos violentos, condenables según la moral y, por lo general, también según el Derecho interno de los Estados contratantes, pero que no inciden en el artículo 3 del Convenio"

sino sólo la prohibición de los atentados más graves, puestos de manifiesto por la historia (europea también) más inmediata, a ese derecho no reconocido.

Todo ello explica las peculiaridades del examen de este derecho. Es como si la Convención regulase sólo, y para prohibirlos absolutamente, los atentados más graves a un derecho que sin embargo no reconoce. Así se explica especialmente la aplicación de la proporcionalidad por el TEDH, por más que no sea en principio tampoco una proporcionalidad en sentido estricto, pues no se mide la proporcionalidad de la medida enjuiciada *con relación a la finalidad buscada*, sino que es, por así decirlo, una proporcionalidad "en el vacío", tendente a apreciar una eventual desproporcionalidad o gravedad suficiente de la conducta para poder considerarla como tortura, para los supuestos más graves, o como penas —o tratos según el caso— inhumanos o degradantes, para los supuestos algo menos graves, pero siempre de especial intensidad; pero una gravedad o desproporcionalidad "en sí misma", sin consideración a su finalidad.

---

[STEDH de 18 de enero de 1978 (*Irlanda c. Reino Unido*), §167 (cursiva nuestra)], precepto que en cualquier caso tiene como finalidad principal la protección de la dignidad y la integridad física de la persona (STEDH de 25 de abril de 1978 (*Tyrer*), §33). Pero ha sido el Juez Fitzmaurice quien lo ha expresado, en un voto particular a la misma sentencia, con mayor claridad todavía: "El verdadero dilema con el que han tropezado la Comisión y el Tribunal en este caso y con el que tropezará cualquier jurisdicción que procure aplicar el artículo 3 con algún sentido de la medida y de la objetividad es que el Convenio *no encierra ninguna prohibición dirigida a las formas 'intermedias' de malos tratos que no alcancen manifiestamente, o lo hagan sólo de manera muy dudosa, este punto de gravedad que justifique, sin evidente exageración, que se las clasifique en la categoría de actos inhumanos o de tortura*: formas intermedias de las que se podría decir, en atención a su naturaleza, que *si no inciden, hablando con propiedad, en el Convenio en sentido estricto, lo merecen, sin embargo, porque, aun no infringiendo los derechos humanos expresamente consagrados por este instrumento, son incompatibles con el elevado ideal de éstos considerados desde el punto de vista abstracto*". Es esta laguna de protección, si se nos permite la expresión, la que hace imposible para el Tribunal analizar una medida en cuanto a su proporcionalidad respecto de un genérico derecho a la integridad física que no está reconocido en el Convenio y del que la prohibición que venimos estudiando no es en realidad sino un límite absoluto, límite que impide incluso la apreciación de la proporcionalidad, pues, cuando se de uno de estos tratos, no es posible, en principio, apreciar su proporcionalidad, sino que siempre son desproporcionales e ilegítimos. Por todo ello, el Tribunal se ve obligado a analizar "en el vacío" si un trato es, o no, constitutivo de tortura o de pena, o trato, inhumano o degradante y, si no es así, aunque sea un trato condenable, reputarlo como no contrario al Convenio. Pero también para la conceptualización, y determinación de si ha habido torturas o penas, o tratos, inhumanos o degradantes, el Tribunal se ve abocado a la utilización de una cierta ponderación o gradación en función, por lo menos, de la intensidad de los malos tratos, de su gravedad, y ello supone utilizar una cierta proporcionalidad. Pero debe destacarse que es una proporcionalidad sólo *lato sensu*, y sobre todo una proporcionalidad "en el vacío", sin referencia a ninguna finalidad legítima (salvo en el supuesto enunciado en el apartado b) un poco más arriba), lo que hace el examen de proporcionalidad sin duda más difícil, pero también incuestionablemente menos "seguro" y controlable en términos jurídicos.

Nada de ello permite considerar, en rigor, que el derecho a no ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes sea un derecho absoluto. Es, más bien, un límite, en principio absoluto, a un derecho como el de la integridad física que la Convención no proclama expresamente ni ha sido deducido por la jurisprudencia hasta ahora como un derecho implícito, por más que se haya subrayado desde el propio Tribunal lo sorprendente que ello resulta y las particularidades que plantea con relación a la prohibición a que venimos refiriéndonos. Pero si ello es así desde una perspectiva dogmática, desde un punto de vista de Derecho positivo, no cabe duda de que la mentada prohibición integra el contenido de un derecho autónomo según el CEDH, derecho que, autónomamente considerado y sin relación con el derecho genérico a la integridad física, en cuanto que no conoce límites, sería un derecho absoluto. Ocurre, sin embargo, que el propio TEDH ha admitido, en algún caso, como se acaba de señalar, también la aplicación a este derecho de un equilibrio entre los intereses generales y los intereses protegidos por el Derecho, con lo cual parece que se aplica una proporcionalidad *stricto sensu* al mismo, y su carácter completamente absoluto se desvanece.

## b.- Contenido

En lo que se refiere al significado de este principio, el mismo hace referencia a la necesaria existencia de una relación de proporcionalidad entre una injerencia en un derecho fundamental y la finalidad pretendida por tal injerencia<sup>581</sup>. El TEDH se limita, en ocasiones, en el examen de la proporcionalidad a examinar si una medida es proporcionada y si hay una relación razonable entre la injerencia y el legítimo fin perseguido, pero generalmente aplica un examen más riguroso o intensivo, en especial con relación a la libertad de expresión. Y así, en el asunto *Sunday Times* aplica un triple control sobre: a) si la injerencia responde a una "necesidad social imperiosa"; b) si es proporcionada al legítimo fin perseguido; c) si las razones ofrecidas por la autoridad nacional para justificarla eran "relevantes y suficientes". En realidad, existe una densidad o intensidad de control de la proporcionalidad en función de los derechos fundamentales afectados (por ejemplo, se aplica un estándar menos estricto para el derecho de propiedad<sup>582</sup> y uno especialmente estricto para la libertad de expresión<sup>583</sup> y los aspectos íntimos de la vida

---

581 STEDH de 26 de abril de 1991 (*Ezelin*), §52.

582 STEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros*), §51; Cfr. Jochen Abr. Frowein, "The Protection of Property", cit., p. 527, quien señala que sólo excepcionalmente aprecia el TEDH que una "regulación del uso de la propiedad de acuerdo con el interés general" es desproporcionada.

583 El control de las injerencias es todavía más estricto cuando la libertad de expresión se ejerce respecto de cuestiones de interés general (en tales casos "el criterio de necesidad [...] en una sociedad democrática se ha de considerar muy estrictamente: STEDH de 25 de marzo de 1985 (*Barthold*), §58), y la densidad de control se intensifica aún más cuando se trata de cuestiones de interés general que entran en el ámbito o dominio de lo político, aunque para ello será preciso que las

privada<sup>584</sup>), el alcance o intensidad de la injerencia o intervención en el derecho fundamental (control tanto más intenso cuanto más grave sea la injerencia<sup>585</sup>) y, en cierta medida, la naturaleza del interés protegido (así, por ejemplo, parece existir una relativa deferencia por el TEDH respecto de la “seguridad nacional”).

A la hora de valorar si una injerencia o intervención en un derecho fundamental es o no proporcionada, deben valorarse los siguientes elementos: a) en primer lugar, aunque no es del todo claro, parece que puede partirse de una regla general de que el Estado tiene la carga de probar que hubo razones “relevantes y suficientes” para tal injerencia, y si no cumple con esa carga, es casi inevitable que se declare una violación del Convenio; b) en segundo lugar, aunque ni el texto del CEDH ni tampoco el propio TEDH hayan consagrado de una manera expresa, como concreto componente de la proporcionalidad, al llamado subprincipio de necesidad (que exigiría utilizar el medio menos restrictivo, de manera que una injerencia es ilegítima si había otros medios igualmente eficaces pero menos restrictivos del derecho), en la práctica el TEDH viene aplicándolo<sup>586</sup>, por lo que una injerencia que no lo respete será ilegítima<sup>587</sup>;

---

circunstancias de carácter político sean relevantes en el caso (STEDH 22 de febrero de 1989 (*Barfod*), §35). La relación con lo político puede ser por ejercitarse la libertad de expresión por alguien que se ubica en el campo político (perspectiva activa: “la libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es particularmente para un elegido por el pueblo [...] en el caso de injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición [...] se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto”), bien por ejercitarse la libertad de expresión frente a una persona que pertenece al mundo de la política (perspectiva pasiva: los límites de la crítica permitida “son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular”, pues el primero está sometido por su propia función a una fiscalización pública y ha de ser por ello más tolerante, y la protección de su honra puede ser inferior, aunque no justifica la difamación: STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lingens*), §43. Más aún, según el TEDH los límites de la crítica permitida son todavía “más amplios en relación al Gobierno que a un simple particular, e incluso que a un político”, por lo que las autoridades políticas han de ser moderadas en el recurso a la vía penal respecto de posibles difamaciones (STEDH de 23 de abril de 1992 (*Castells c. España*), §46). Y habría que distinguir también según el afectado esté o no en una relación de sujeción especial (o categoría equivalente), etc.

584 Además de la sentencia que se cita en la nota siguiente, véase STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §59: “el presente caso se refiere a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada. Consecuentemente, deben existir razones particularmente serias antes de poder considerar legítimas las injerencias de las autoridades públicas”.

585 Así, en el reciente asunto *Smith and Grady*, respecto de una investigación sobre la orientación sexual de dos miembros de las Fuerzas Armadas y su ulterior expulsión de las mismas por su condición de homosexuales, señala el TEDH que, dado que estamos ante una intervención particularmente grave relativo a los aspectos más íntimos de la vida privada, las razones que la justifiquen han de ser “particularmente graves” (combinación del criterio del derecho afectado y la intensidad de la afectación para exigir un control especialmente intenso). STEDH de 27 de septiembre de 1999, §90.

586 Richard Clayton y Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, OUP, Oxford, 2000, p. 283.

c) cuando la injerencia es acordada discrecionalmente por una autoridad, el principio de proporcionalidad requiere una cierta justicia procedimental (*procedural fairness*) para asegurar que se toman en cuenta los intereses de los afectados, lo que si bien inicialmente regía para lo relativo a la custodia de los hijos en la actualidad tiene una aplicación más amplia<sup>588</sup>; y d) debe valorarse igualmente en ciertos casos, en estrecha relación con lo anterior, la existencia o no de salvaguardias frente a posibles abusos y en concreto de un control judicial último<sup>589</sup>; e) es irrelevante la existencia, o no, de buena fe por parte de las autoridades nacionales<sup>590</sup>.

A partir de estos criterios generales, el conocimiento del alcance del principio de proporcionalidad es una cuestión a estudiar con relación a cada derecho fundamental en particular y la jurisprudencia que el TEDH ha sentado respecto del mismo. La abundante jurisprudencia ya existente y la multiplicidad de hipótesis enjuiciadas ha permitido construir una tupida red de aplicación del principio estudiado para cada derecho fundamental, cuyo estudio corresponde a la parte especial de una teoría de los derechos fundamentales y excede por ello mismo completamente del objeto de esta investigación. No obstante, debe aquí advertirse que la aplicación de este principio de proporcionalidad es eminentemente casuística, por lo que, de un lado, a la hora de estudiar cada caso habrá que conocer todas las circunstancias en el mismo concurrentes antes de extrapolar la doctrina en él sentada a otros supuestos más o menos parecidos y valorar la relevancia de las posibles diferencias que puedan existir; y de otro lado, no es nunca posible saber en concreto, ni siquiera con una elevada probabilidad, cuál será la resolución que dé el TEDH a un determinado

587 Por ejemplo, una apertura indiscriminada de todo el correo de los presos con sus abogados por si contuviese material prohibido es desproporcionada pues se habría podido *abrir* (pero no leer, y para garantizarlo, podrían por ejemplo abrirse en presencia del afectado) sólo aquellas cartas de las que hubiera razones para pensar que pudieran contener tal material (STEDH de 25 de marzo de 1992 (*Campbell*), §48).

588 "Aunque el artículo 8 no contiene ninguna exigencia procedimental explícita, el proceso de adopción de decisiones para acordar medidas de injerencia debe ser justo, de manera que permite el debido respeto a los intereses del individuo protegidos por el artículo 8" (STEDH de 25 de septiembre de 1996 (*Buckley*), §76, respecto de decisión municipal de expulsión de un terreno de unas personas que vivían allí en una caravana).

589 El TEDH, aun cuando admite que excepcionalmente puede ser legítima la vigilancia secreta de la correspondencia y las comunicaciones, exige que en cualquier caso existan "garantías adecuadas y suficientes contra los abusos", algo que dependerá de todo el conjunto de circunstancias que envuelvan el caso (naturaleza, extensión y duración de las medidas, razones requeridas para ordenarlas, autoridades competentes para autorizarlas, ejecutarlas y controlarlas y tipo de recursos previstos por el Derecho interno). STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klaas y otros*), §§48 y 50. Con carácter más general dirá el TEDH que "uno de los principios subyacentes del Convenio, la preeminencia del Derecho, supone que cualquier intervención de las autoridades en los derechos de la persona pueda someterse a una fiscalización eficaz" y, al menos en último término, judicial, si bien tales garantías fiscalizadoras no tienen por qué incluirse necesariamente en el mismo texto que autoriza la imposición de las restricciones" (Ibíd., §55 y STEDH de 25 de marzo de 1983 (*Silver*), §90). Véase también STEDH de 25 de febrero de 1993 (*Mialhe*), §37.

590 STEDH de 22 de octubre de 1981 (*Dudgeon*), §59.

caso pues su jurisprudencia, como la de otros tribunales pero seguramente en una medida más elevada, sólo marca criterios generales en la aplicación del principio de proporcionalidad (en general o a cada derecho en particular) pero sin llegar al punto de permitir conocer cuál será de manera unívoca la resolución de un determinado caso o supuesto. La copiosa jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad *proporciona*, pues, una sólida dosis de seguridad jurídica pero insuficiente para saber a ciencia cierta el sentido de un fallo sobre un determinado supuesto, algo por otra parte inevitable, tanto más cuando se trata de la aplicación de derechos fundamentales.

## **SECCIÓN SEGUNDA: LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO**

### **I.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO**

Los derechos fundamentales son antes que nada derechos de defensa del ciudadano frente al Estado; garantizan al individuo espacios de libertad frente a las intervenciones o injerencias del poder público o estatal. Y si bien es cierto que la Comunidad o la Unión Europea no es un Estado, sino una Comunidad supranacional, basta con pensar en que ejerce competencias que le han sido transferidas por los Estados y que le permiten dictar normas que otorgan derechos e imponen obligaciones a los ciudadanos de los Estados miembros de un modo directo para darse cuenta de la imperiosa necesidad de que se garanticen al ciudadano espacios de libertad exigidos por su dignidad humana también en éste ámbito. Pese a todo, el reconocimiento de que esto era así no ha sido fácil ni, en principio, cristalino ni tampoco la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario es todavía hoy mínimamente satisfactoria desde una perspectiva material. Sea como sea, en las siguientes páginas, nos centraremos en el análisis de los límites a los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Antes de ello, dada la especial complejidad del tema, nos referiremos al más que deficiente *status* normativo de los derechos fundamentales comunitarios y a su configuración progresiva en la jurisprudencia.

#### **1.- Regulación normativa expresa en los Tratados constitutivos**

La primera y más destacada característica de los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario viene dada justamente por la ausencia de todo catálogo positivo de los mismos<sup>591</sup>, como ocurría,

---

<sup>591</sup> Es un lugar común señalarlo así. Véase, por ejemplo, Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales", *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 2, p. 332; Rüdiger Wolfrum, "La reforma de las instituciones de derechos

salvadas todas las distancias, con nuestra Constitución gaditana. Ningún catálogo se encuentra, en concreto, en los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA o TEURATOM), celebrado en París el 18 de abril de 1951, ni en los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (TCE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (TCEEA), celebrados ambos en Roma el 25 de marzo de 1957. Esta laguna puede quizás explicarse, entre otras razones, por el entonces bien reciente fracaso de la construcción política europea a que se acababa de asistir<sup>592</sup>; por la idea de los padres de los Tratados de que, al tener éstos una naturaleza esencialmente económica, realmente no iban a dar lugar a problemas de relevancia en cuanto a la protección de los derechos humanos<sup>593</sup>, así como, en fin, por el hecho de que Francia

---

humanos en la Europa comunitaria", en *La reforma de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos*, Universidad de La Laguna, Tenerife, 1993, p. 255; Ricardo Gosalbo Bono, "Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones", *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 1, p. 33; Michael Schweitzer y Waldemar Hummer, *Europarecht. Das Recht der Europäischen Union. Das Recht der Europäischen Gemeinschaften mit Schwerpunkt EG*, Luchterhand, Berlin, 1996, p. 241.

592 Nos referimos al hecho de que no hubiesen prosperado las proyectadas Comunidad Europea de Defensa (CED) y Comunidad Política Europea (CPE). El Tratado de la CED no llegó nunca a tener vigencia pues, pese a que se firmó en París el 27 de mayo de 1952, no fue ratificado por Francia, cuya Asamblea Legislativa rechazó el proyecto en agosto de 1954, sin duda reacia ante cualquier rearme alemán, pero también por no existir una confianza suficiente en una eventual unión política europea. No obstante, en octubre del mismo año se constituirá la UEO, con objetivos mucho más modestos que la CED. Pues bien, el artículo 3 del Tratado establecía la obligación de la CED de respetar "las libertades públicas y los derechos fundamentales de los individuos". En cuanto a la CPE, durante las negociaciones para la redacción del Proyecto de Tratado constitutivo de la misma, cinco de las seis Delegaciones nacionales aprobaron un texto en el que se afirmaba que el Tratado estaba abierto a todo Estado miembro del Consejo de Europa o a "todo Estado que, reconociendo y garantizando los principios de la preeminencia del Derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales" estuviese dispuesto a ser miembro del Consejo de Europa. La sexta Delegación, que era la italiana, discrepaba pero sólo "por exceso", pues exigía que, además, el Consejo de Ministros de la CPE emitiese un Dictamen positivo de admisión, valorando, entre otras cosas, el respeto de los derechos individuales por el Estado candidato. El artículo 3 del Proyecto de Tratado, de 10 de marzo de 1953, reconocía los derechos enunciados en el CEDH (incluido el Protocolo adicional 1º) como parte integrante del Estatuto de la CPE; el artículo 45 regulaba las relaciones de los órganos del CEDH y los órganos de la CPE. A raíz del fracaso de la CED, tampoco llegaría a buen puerto la CPE ni, lógicamente, su Tratado pues eran proyectos ligados el uno al otro. Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 24 ss.

593 Parece que si la falta de una declaración de derechos fundamentales en la primera de las Comunidades Europeas efectivamente constituida (París, julio de 1951), la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), podía explicarse por su marcado carácter económico, no sería así en el caso de la CED y la CPE, por lo que se puede observar que para estas últimas sí que se contemplaban prescripciones en materia de derechos humanos. Fracasadas estas dos Comunidades (CED y CPE), al elaborar los Tratados Constitutivos de la CEE y la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEA),

entonces no hubiese ratificado la Convención Europea de Derechos del Hombre. Tal catálogo no existe tampoco, por lo demás, en el resto del Derecho originario ni en el Derecho derivado.

Ahora bien, aunque en los Tratados constitutivos no se establezca ninguna protección específica de los derechos fundamentales, ni menos aún un catálogo de los mismos como generalmente ocurre en las Constituciones de los Estados miembros, sí pueden encontrarse ciertos preceptos que aluden, de uno u otro modo, a dichos derechos. Es el caso, fundamentalmente, de ciertos artículos del TCE (artículos 2, 3.1.i, 33.1.b, 42, 136 y 146<sup>594</sup>) de los que parece poder deducirse el derecho a un nivel de vida suficiente que incluiría el derecho a la alimentación, vestido y habitación suficientes; del derecho a la igualdad de trato y prohibición de discriminación (arts. 2, 3.3, 13, 34.2, 39.2, 43 y 141 TCE). Otras disposiciones, aunque no conlleven el reconocimiento de un derecho fundamental, sí prevén mecanismos cuyo funcionamiento conducirá a reforzarlo, siendo este el caso de los artículos 118 y 123 TCE, que consagran las competencias de la Comisión y el Fondo Social Europeo en materia de trabajo, de importancia especialmente respecto a determinados derechos relativos al empleo.

Por otro lado, en el preámbulo del Acta Única Europea de 27 de enero de 1986<sup>595</sup>, los Estados miembros se proclaman "decididos a

parece que el hecho de que estas dos Comunidades se limitasen, al igual que la CECA, a cuestiones de carácter económico hizo que la cuestión de los derechos fundamentales no se considerase relevante con relación a estas nuevas Comunidades. No obstante, hay autores que consideran no creíble que, a la vista de la bien reciente experiencia histórica europea (particularmente, italiana y alemana), los derechos fundamentales no fuesen tomados en consideración durante las negociaciones, explicándose la falta de todo catálogo o declaración de derechos más bien por razones político-jurídicas. Según Rasmussen, se trataría de una "solución nacional" consistente en el silencio deliberado de los Tratados para que, ante el desacuerdo de los diversos países sobre este punto, fueran los sistemas nacionales los que protegiesen los derechos fundamentales. Véase, Montserrat Pi Llorens, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 19-22; Ricardo Gosalbo Bono, "Reflexiones...", cit., p. 32.

594 En este sentido, entre otros, Laurent Marcoux, "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté européenne", *Revue internationale de Droit Comparé*, 1983, p. 698. Todos los artículos citados del TCE corresponden a la llamada versión consolidada, esto es, la resultante de las modificaciones operadas en su texto original por el Tratado de Amsterdam, texto que si bien sólo tiene valor ilustrativo y carece de valor normativo según el Acta final de la Conferencia en que se firmó y aprobó el Tratado de Amsterdam, tiene la ventaja evidente de ofrecer una mínima claridad al aplicador y también al investigador. Así se hace, de hecho, de modo generalizado en las obras de Derecho Comunitario, tanto entre nosotros como en otros países. Sólo en algún caso se hará referencia a los artículos en su numeración y redacción anteriores, pero se indicará expresamente y se hará asimismo constar la numeración que corresponde en la versión consolidada tras Amsterdam.

595 Previamente a su adopción, el 14 de febrero de 1984, el Parlamento Europeo había aprobado un proyecto de Tratado de la Unión Europea, proyecto que naufragaría, pero en el que se contenían previsiones en materia de derechos fundamentales, y que luego sería sustituido por el Acta Única Europea, de alcance mucho más modesto. El artículo 4 de dicho Proyecto, establecía en concreto lo que sigue: "1. La Unión protege la



promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el CEDH y en la CSE, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social"; así como conscientes de la responsabilidad que les atañe para promover "los principios de democracia y del respeto del Derecho y de los derechos humanos, a los cuales se hallan ligados". Todo ello resultará más tarde, en 1992, completado por el artículo F.2 (actual 6.2) TUE, pero en cuanto que dicho precepto viene, al menos en una importante medida, a positivizar formalmente una doctrina jurisprudencial elaborada por el TJCE a lo largo del tiempo, no nos referiremos a él sin antes examinar dicha jurisprudencia, jurisprudencia que resulta sencillamente indispensable para comprender qué son, y quizás también qué pueden llegar a ser, los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario pues, como se ha dicho, los derechos fundamentales comunitarios son "resultado de un diálogo activo entre los tribunales constitucionales nacionales y el TJCE, acompañado de la orquesta de las opiniones doctrinales"<sup>596</sup>. Veremos ahora hasta qué punto es atinada esta caracterización.

## **2.- Reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales**

### **A) Evolución de la jurisprudencia**

A partir de la ausencia de cualquier catálogo expreso de derechos fundamentales en el Derecho Comunitario, pero también, en un momento ulterior, partiendo de ciertas disposiciones comunitarias aisladas en materia de derechos fundamentales que proporcionaban una base para

---

dignidad del individuo y reconoce a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades fundamentales tal y como se deducen sobre todo de los principios comunes a las Constituciones de los Estados miembros y de la CEDH; 2. La Unión se compromete a mantener y desarrollar, dentro de los límites de sus competencias, los derechos económicos, sociales y culturales que se deducen de las Constituciones de los Estados miembros y de la Carta Social europea; 3. En un plazo de cinco años la Unión deliberará sobre su adhesión a los instrumentos internacionales mencionados y a los Pactos de las Naciones Unidas relativos a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales. En el mismo plazo, la Unión adoptará su propia Declaración de derechos fundamentales según el procedimiento de revisión previsto en el artículo 84 del presente Tratado; 4. En caso de violación grave y persistente por un Estado miembro de los principios democráticos y de los derechos fundamentales, se podrán adoptar sanciones de acuerdo con las disposiciones del art. 44 del presente tratado". Como se ve, también en este punto el Acta Única supuso un avance mucho más tímido que lo que se contemplaba en este Proyecto.

596 Ingolf Pernice, "Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz: Grundlagen, Bestand und Perspektiven", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 2419. Y sobre la influencia recíproca de los tribunales constitucionales nacionales y el TJCE, aparte de la bibliografía a que luego se hará referencia, pueden consultarse con provecho, in toto, dos obras recientes: Karl F. Kreuzer, Dieter H. Scheuing und Ulrich Sieber (Hrsg.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 1997 y Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, Nomos, Baden-Baden, 1997.

ello, el TJCE va a desarrollar una jurisprudencia en la que resulta ineludible diferenciar dos etapas:

1) Fase inhibicionista. En una primera fase, en efecto, seguirá el Tribunal la conocida como doctrina *Stork*, y, ante la afectación, invocada por las partes, de los derechos fundamentales por determinadas actuaciones comunitarias, el Tribunal va a limitarse a afirmar la autonomía del ordenamiento comunitario, no correspondiéndole, en consecuencia, a él garantizar el respeto de la norma nacional que consagre los derechos fundamentales. Esta doctrina, originariamente sentada en el caso *Stork*, se desarrolló luego en alguna otra sentencia más<sup>597</sup>. Pero "estas sentencias, verdaderos 'pecados de juventud', fueron rápidamente olvidadas"<sup>598</sup>. Se iniciaba, así, una fase de orientación netamente diversa en que se seguirá potenciando la integración, pero ya no a costa de, o cuando menos no de

---

597 Así, STJCE de 4 de febrero de 1959 (*Stork*), rechazando "examinar la queja" de violación por una autoridad comunitaria de las normas constitucionales alemanas que garantizan los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a libre elección de una profesión o actividad. De este modo, no reconoce el Tribunal la vinculación de las instituciones comunitarias a los derechos fundamentales. El Tribunal no admite, en efecto, la alegación de derechos ni de normas constitucionales nacionales, sino que se limita a enjuiciar la validez de los actos comunitarios desde la perspectiva del Derecho Comunitario, entendiendo que "no le corresponde asegurar el respeto de las reglas de Derecho interno, incluso constitucionales, en vigor en uno u otro Estado miembro". STJCE de 15 de julio de 1960 (*Rujrkohlenverkaufsgesellschaften*), con relación al artículo 14 LF (derecho de propiedad) en la interpretación de la jurisprudencia alemana. Y en el caso *Sgarlatta* precisará el TJCE todavía más las razones para ello, que se refieren no sólo a la autonomía del Derecho comunitario, sino también al principio de uniformidad comunitaria, que impide proteger a particulares sobre la base de las disposiciones nacionales en materia de derechos fundamentales, en cuanto que estas disposiciones varían de un Estado a otro de un modo considerable. STJCE de 1 de abril de 1965 (*M. Sgarlatta*). Ello, en cualquier caso, suponía, en la práctica, la ausencia de una protección comunitaria efectiva de unos derechos fundamentales que, en cambio, sí estaban, ya entonces, garantizados plenamente en los ordenamientos internos de todos y cada uno de los Estados miembros. En el citado asunto *Sgarlata*, se llega incluso a dar a entender, como nos recuerda López Garrido, "debido a una formulación poco afortunada, que existía una discrepancia entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional y comunitario". Diego López Garrido, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 105. Y de este modo, "en su obsesión de favorecer el funcionamiento de las instituciones comunitarias y de consolidar la primacía del Derecho Comunitario, el Tribunal contribuyó a la creación de lo que luego se ha calificado de 'déficit democrático' de la CEE". Diego López Garrido, *Libertades económicas...*, cit., p. 123. Ruiz Miguel entiende que existe una sentencia que, aunque cronológicamente corresponda a esta primera fase, "contiene una doctrina que no se ajusta a la que caracteriza esta fase", y en la que el Tribunal no se inhibe ante el problema de los derechos fundamentales sino que lo afronta: la STJCE de 14 de diciembre de 1962 ("*Società Industriale Acciaierie San Michele y otros c. A.A. de la CECA*"). Véase, al respecto, Carlos Ruiz Miguel, "Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho Comunitario y el Ordenamiento Nacional", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 13, enero-febrero-marzo 1993, pp. 79 ss.

598 Diego López Garrido, *Libertades económicas...*, cit., 105.

espaldas a, los derechos fundamentales del individuo<sup>599</sup>.

2) Fase proteccionista. La situación anterior comienza a cambiar a partir de 1969, cuando el TJCE en el caso *Stauder* va a sentar la escueta, pero innovadora, doctrina de que le corresponde a él asegurar el respeto "de los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario"<sup>600</sup>, doctrina de importancia capital por más que en dicho caso el Tribunal no apreciase la afectación de ningún derecho fundamental y que suponía, en realidad, un giro copernicano respecto de la jurisprudencia anterior. Esta sentencia reafirma, eso sí, los principios de autonomía y primacía del Derecho Comunitario<sup>601</sup>, pero lo novedoso estriba en que a dichos principios no obsta ahora, según la interpretación del TJCE, el reconocimiento de unos derechos fundamentales, pues la fuente de la que manan tales derechos no son los ordenamientos, ni las Constituciones, nacionales, sino "los principios generales del Derecho Comunitario"<sup>602</sup>.

---

599 Es cierto que en esta primera etapa, que se corresponde con los primeros años de la CEE, era especialmente necesario consolidar y confirmar la primacía del Derecho Comunitario y rechazar toda posibilidad de "renacionalizar" lo que se estaba justamente "comunitarizando", pero no por ello resultaba justificada la exclusión de toda protección a nivel comunitario de los derechos fundamentales.

600 STJCE de 20 de noviembre de 1969 (caso *Stauder*), §7. Se trataba de que la Comisión había autorizado a los Estados miembros a vender mantequilla a precio reducido a los beneficiarios de determinados regímenes de asistencia social y el reglamento alemán de ejecución exigía que se emitiesen cartillas, con cupones separables, en las que constase el nombre y dirección del beneficiario a fin de evitar fraudes. El Sr. *Stauder* consideró que ello contrariaba sus derechos fundamentales, garantizados por la Constitución, a la dignidad humana y a la igualdad ante la ley. El Tribunal ante el que plantea la cuestión, reenvía el asunto al TJCE.

601 El principio de autonomía del Derecho Comunitario supone el reconocimiento de que el Derecho creado por el Tratado procede de una fuente jurídica autónoma, con lo cual "no puede, por razones intrínsecas, ser opuesto a reglas de Derecho nacional, cualesquiera que éstas sean, sin perder su carácter comunitario y sin que se ponga en cuestión la base jurídica de la propia Comunidad" [STJCE de 17 de diciembre de 1979 (*Internationale Handelsgesellschaft*), §3] y de que "la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de Derecho de gentes y el Derecho Comunitario es independiente de la legislación de los Estados miembros" [STJCE de (*Van Gend & Loos*)]. El principio del efecto directo reconoce la aplicabilidad directa del Derecho Comunitario, un nuevo Derecho que "afecta directamente a los justiciables de la Comunidad" y al que están sujetos tanto los Estados miembros como sus ciudadanos y crea directamente derechos y obligaciones respecto de los particulares, a quienes se aplica directamente sin que para ello sean necesarias disposiciones de aplicación, sean nacionales o comunitarias [STJCE de (*Van Gend & Loos*)]. El principio de primacía, acuñado originariamente en el caso *Costa v. E.N.E.L.* (STJCE de 15 de julio de 1964, §§8 a 10) y que se identificaría más con el principio de competencia que con el de jerarquía, supone que "todo juez nacional, en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario, así como la de proteger los derechos que éste reconoce a los particulares, dejando inaplicada toda disposición nacional contraria, ya sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria" y ello cualquiera que sea su rango, incluso constitucional [STJCE de (*Simmenthal*) y STJCE de 17 de diciembre de 1979 (*Internationale Handelsgesellschaft*), §3º, con relación al 2º].

602 Con ello se salvaba formalmente la contradicción con la jurisprudencia anterior y

En este importante giro jurisprudencial producido a partir de 1969 influyeron, ante todo, tres circunstancias: a) de un lado, la proclamación por vía jurisprudencial de los principios de autonomía, primacía y efecto directo, resultado del activismo judicial del Tribunal comunitario, principios que no podían, sin embargo, llegar a hacer primar a las normas comunitarias sobre los derechos fundamentales consagrados en unos textos constitucionales nacionales que estaban en el origen de la transferencia de competencias, pero que, desde luego, no habían en ningún caso habían previsto tal efecto; b) por otro lado, el posicionamiento de los tribunales constitucionales alemán<sup>603</sup> e italiano<sup>604</sup> en unas

---

se lograba mantener los principios de autonomía y primacía comunitarios, por más que el giro conceptual fuera notorio.

603 El *Bundesverfassungsgericht* se posicionaría de un modo crítico respecto de la jurisprudencia comunitaria en una sentencia de 29 de mayo de 1974 (*Solange I*, BVerfGE 37, 271). En ella, el Tribunal se reservó el derecho a controlar la compatibilidad del Derecho Comunitario derivado con los derechos fundamentales previstos en la Constitución "en tanto que [*solange*] el proceso de integración no alcance un grado suficientemente avanzado para que el Derecho Comunitario disponga también de un catálogo en vigor de derechos fundamentales, adoptado por un Parlamento y equiparable al catálogo de los derechos fundamentales consagrado en la Ley Fundamental". Jochen Abr. Frowein, "Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht", en *Bundesverfassungsgericht und...*, cit., pp. 195 ss. Pero en una segunda sentencia de 22 de octubre de 1986, conocida como *Solange II* (BVerfGE 73, 339, 387), el Tribunal, a la luz de la evolución de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario constatable sobre todo en la jurisprudencia del TJCE, entendería que, en tanto [*solange*] se mantuviera la protección hoy existente, que equivale, esencialmente, a la conferida por la *Bonner Grundgesetz*, dejaría de efectuar el control de la compatibilidad de los actos comunitarios con los derechos fundamentales garantizados por el texto constitucional alemán. No obstante, en una tercera sentencia de 12 de mayo de 1989, el *Bundesverfassungsgericht* abrió la vía del amparo ante él mismo respecto de las disposiciones internas de ejecución de Directivas comunitarias, respecto de las que rige una doctrina distinta que permite controlar si las mismas garantizan los principios jurídicos en los que se basa la parte de la *Grundgesetz* relativa a los derechos fundamentales.

604 La *Corte Costituzionale* iba, en efecto, en su sentencia de 27 de diciembre de 1973 (caso *Frontini*), a poner de relieve que las limitaciones a la soberanía autorizadas por el artículo 11 de la Constitución no "pueden, en ningún caso, implicar, en favor de las Instituciones de la CEE, un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales de nuestro orden jurídico constitucional o los derechos inalienables de la persona", por más que se señalara que se trataba ésta de una posibilidad "puramente teórica". Ya más recientemente, en su sentencia de 21 de abril de 1989 (caso *Fragd*), el Tribunal, con relación a una jurisprudencia del TJCE que había limitado para el futuro los efectos de la anulación de determinado acto comunitario sin prever una reserva en favor de las acciones iniciadas entretanto, observó que tal interpretación de una norma comunitaria violaba el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por la Constitución italiana, si bien desestimó la acción por razones procesales y, como Moitinho de Almeida nos indica, el hecho de haber procedido a un análisis innecesario del fondo de la cuestión, se interpreta como una indicación al TJCE de la diferente protección de dicho derecho fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario y en el italiano. José Carlos Moitinho de Almeida, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en Gil

importantes sentencias, en las que van sorprendentemente a cuestionar la validez de los actos comunitarios no respetuosos con los derechos fundamentales reconocidos en sus textos constitucionales, lo que de uno u otro modo suponía poner también en cuestión el principio de primacía del Derecho Comunitario pues las normas comunitarias eran enjuiciadas con un parámetro de Derecho nacional, constitucional o no<sup>605</sup>; c) en tercer lugar, el proceso de progresiva expansión del ámbito competencial del Mercado Común, que naturalmente hacía que la incidencia sobre aquellos derechos por parte de los órganos comunitarios, al desarrollar sus funciones de orden tanto normativo como administrativo, fuese cada vez mayor, y por consiguiente, fuese también cada vez más ineludible una protección efectiva mínima de la esfera individual básica del individuo frente a las Comunidades. Esta incidencia es mayor, por razones obvias, sobre los derechos económicos, especialmente en los primeros tiempos, pero ya incluso entonces afectaba a derechos fundamentales sin contenido económico, y así será cada vez en mayor medida.

Pero la doctrina sentada en el caso *Stauder* va a resultar confirmada, y aun desarrollada, por el TJCE en una jurisprudencia posterior. Y así, sólo un año más tarde, en 1970, en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, el Tribunal de Justicia va a confirmar, pero ahora ya no como mero *obiter dictum*, la doctrina sentada en el caso *Stauder* respecto de los derechos fundamentales, aunque con dos importantes precisiones: a) una, más bien aparente, al señalar el Tribunal que "el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuya observancia asegura el Tribunal de Justicia", con lo cual podría en principio entenderse que se habría producido una ampliación del concepto de principios generales inspiradores de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario para comprender no solamente a los "principios generales del Derecho Comunitario" (caso *Stauder*), sino también, más en general, los "principios generales del Derecho" *in genere*, esto es, los principios generales del Derecho comunes a los diversos sistemas jurídicos de los Estados miembros, determinables a partir del Derecho Comparado y el Derecho Internacional; b) de otro lado, aclarará el Tribunal "que la protección de tales derechos, aunque inspirada en tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y objetivos comunitarios"<sup>606</sup>. Es decir, aunque

---

Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Nogueras (dir.), *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Civitas/CGPJ/Universidad de Granada, Madrid, p. 117.

605 Diego López Garrido, *Libertades económicas...*, cit., pp. 116-117.

606 STJCE de 17 de diciembre de 1970 (*Handelsgesellschaft*), §4. En el caso de que se trataba, entendería el Tribunal que un Reglamento comunitario que subordinaba la exportación de determinados productos agrícolas al depósito de una fianza, que se consideraría perdida en el caso de que la exportación no tuviera lugar, respetaba el principio de proporcionalidad. A juicio de López Garrido, "en esta sentencia el Tribunal de Justicia entra decididamente a la construcción de una teoría comunitaria de los derechos fundamentales", a los que se dota de la nota de autonomía típica del Derecho Comunitario, con las siguientes características: a) en primer lugar, se pasa de una

los derechos fundamentales cobran vida jurídica por medio de los principios generales del Derecho de los diferentes Estados miembros, su protección (y, por consiguiente, su contenido y sus límites) debe llevarse a cabo a la luz, siempre, del Derecho Comunitario a fin de que no resulte afectada su unidad material. Además, se señala que las "tradiciones constitucionales comunes" a los Estados miembros constituyen fuentes del ordenamiento comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales, por más que se trate de una fuente de inspiración y no de una verdadera fuente en sentido formal, como sí lo son los principios generales del Derecho<sup>607</sup>. Se emplea además por el TJCE una expresión que le permite tener en cuenta los sistemas nacionales de Constitución no escrita y el conjunto de normas que constituyen el "Derecho o bloque constitucional"<sup>608</sup>. Otra importante precisión, en fin, va a introducirla el TJCE en el (tercer) caso *Nold* al considerar a los Tratados en materia de derechos humanos como fuente de inspiración<sup>609</sup>.

## B) Fuentes de la jurisprudencia

Resulta de lo anterior que el método de incorporación de los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico comunitario va a ser el de acudir a los principios generales del Derecho<sup>610</sup>, que serán las normas

jurisprudencia que hacía, en ocasiones e incidentalmente, referencias puntuales a algunos derechos fundamentales a una concepción global, sistemática, de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario; b) en segundo lugar, los asuntos *Stauder* y *Haldelsgesellschaft* consagran un concepto de derechos fundamentales que podría calificarse de comunitarizado, es decir, un concepto que no asume acríticamente los derechos nacionales en esa materia, sino que los adapta, los "procesa", por así decirlo, y les da una filosofía jurídica comunitaria; c) en tercer lugar, el Tribunal de Justicia apoya su teoría del respeto a los derechos fundamentales en los principios generales del Derecho y en los derechos de los Estados miembros. Esas son, en ese momento, las dos fuentes básicas de derechos fundamentales en Derecho Comunitario; d) En cuarto lugar, el Tribunal apunta hacia la necesidad de consolidar lo que Cohen llama una 'superlegalidad comunitaria' en materia de derechos humanos. Diego López Garrido, *Libertades económicas...*, cit., pp. 127-128.

607 Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 99.

608 Ricardo Gosalbo Bono, "Reflexiones...", cit., p. 35.

609 STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §13: "Como este Tribunal de Justicia ha declarado, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho que debe respetar. Al velar por la protección de tales derechos, este Tribunal debe basarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, de manera que no puede permitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de esos Estados. Los Tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados hayan cooperado o a los que se hayan adherido pueden facilitar indicaciones que es preciso tener en cuenta en el ámbito del Derecho Comunitario".

610 En realidad, ello aparecía previsto de modo expreso en el TCE pero sólo con relación a la responsabilidad extracontractual. En efecto, el artículo 288 TCEE dispone que "en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados

jurídicas en que se integren los derechos fundamentales y a través de las cuales salen éstos a la luz jurídica, aunque sin llegar a identificarse por cuanto que la categoría de principios generales es más amplia que la de derechos fundamentales. Para la determinación de dichos principios que contienen los derechos fundamentales comunitarios utilizará el TJCE como fuentes<sup>611</sup>: a) las tradiciones constitucionales comunes<sup>612</sup>; b) los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos, lo que contrasta con la renuencia general del Tribunal para utilizar los instrumentos internacionales en el desarrollo jurisprudencial del Derecho Comunitario. En especial, el TJCE utiliza con frecuencia, desde el asunto *Rutili*<sup>613</sup>, el CEDH<sup>614</sup>, pero también se hace uso de la CSE, el Convenio 111 de la OIT o el PIDCP<sup>615</sup>.

miembros".

611 Los principios generales "constituyen una categoría normativa eminentemente material, desvinculada de un determinado cauce de 'producción normativa'". Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario y...", cit., p. 333.

612 A partir de la STJCE de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*), §4º. para ello analiza el TJCE los distintos ordenamientos nacionales, que aprecia conjuntamente para definir, de este modo, un parámetro común de protección (que no equivale a un mínimo común denominador), aunque también tiene en cuenta el Derecho Comunitario con la finalidad de no afectar a su unidad material, eficacia y cohesión. En cualquier caso, ello no supone que los derechos fundamentales "nacionales" puedan invocarse como tales en el ámbito comunitario, sino que significa que el Derecho Comunitario asume los distintos derechos fundamentales nacionales como propios. La cuestión estriba, como puede fácilmente comprenderse, en determinar el exacto alcance con que se "asumen" esos derechos fundamentales nacionales en el acervo comunitario, algo a lo que enseguida haremos cumplida referencia y que constituye uno de los asuntos más oscuros en la jurisprudencia comunitaria y más controvertidos también en la doctrina. Véase Carlos R. Fernández Liesa, "Los derechos fundamentales en la Unión Europea", capítulo XXIII de la obra de Gregorio Peces-Barba, Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 651. El TJCE acude además a ciertos principios generales que no están establecidos en todos los ordenamientos nacionales, al optar por aquellos que se adaptan a la naturaleza y los objetivos de la Comunidad. Entre estos destacan los siguientes principios generales: de proporcionalidad, de seguridad jurídica, de confianza legítima, de respeto de los derechos de defensa, ne bis in idem, igualdad, libre ejercicio de actividades profesionales. Carlos R. Fernández Liesa, "Los derechos fundamentales en...", cit., p. 652, n. 43.

613 STJCE de 28 de octubre de 1975 (*Rutili*), §6.

614 Y lo hace con relación al derecho de propiedad, al derecho a un proceso equitativo, la irretroactividad de las sanciones penales, el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de expresión, la libertad religiosa, etc. El TJCE ha comenzado a construir un "orden público europeo", con consecuencias en la aplicación del Derecho privado comunitario, que se basa en buena medida en el CEDH. Sobre esto último véase Rossana González González, "Límites a la construcción de un 'orden público europeo' en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, julio-diciembre 2000, pp.593 ss.

615 STJCE de 15 de junio de 1978 (*Defrenne II*), §28º; de 18 de octubre de 1989 (*Orkem*). Parece, además, que de la literalidad de la propia sentencia puede deducirse una cierta jerarquización de las fuentes inspiradoras o fuentes indirectas para la

### C) Derechos fundamentales reconocidos

Siguiendo el completo estudio y la sistematización de Chueca, puede decirse que los derechos fundamentales, que el TJCE ha reconocido por esta vía son los siguientes<sup>616</sup>: a.- *Derechos civiles*: 1.- La irretroactividad de la ley penal<sup>617</sup>; 2.- Principio de legalidad; 3.- Presunción de inocencia; 4.- Derecho al respeto de la vida privada; 5. Derecho al respeto de la vida familiar; 6. Derecho a la inviolabilidad de domicilio<sup>618</sup>; 7.- Libertad de expresión<sup>619</sup>; 8.- Libertad de prensa; 9.- Libertad de información; 11.- Derecho de propiedad<sup>620</sup>; b.- *Derechos procesales*: 1.- Derecho a la tutela judicial efectiva; 2.- Derecho al conocimiento de las piezas del proceso por el implicado; 3.- Derecho a no declarar contra uno

---

determinación de los principios generales del Derecho que contengan derechos fundamentales. Y es que si en el caso de las "tradiciones constitucionales comunes" el Tribunal se declara "obligado a inspirarse" en ellas "y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados", con respecto de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos a los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido se dice simplemente que los mismos "pueden igualmente *aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario*", lo que parece bien distinto. Resulta de ello, más bien, a juicio de la doctrina, una cierta ordenación jerárquica de las fuentes de inspiración (En este sentido, Diego López Garrido, *Libertades económicas...*, cit., pp. 129-130; Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 102). Los referidos Tratados parece que no son fuente "obligatoria", en sentido estricto, de inspiración, sino que sólo aportan "indicaciones a tener en cuenta", y además siempre "en el marco del Derecho Comunitario", lo que parece que hay que entender como una obligatoriedad debilitada o de segundo grado. Sea como sea, lo cierto es que, en la jurisprudencia posterior, estos instrumentos internacionales se han consolidado como una importante fuente inspiradora de los principios generales del Derecho en materia de derechos fundamentales, especialmente en el caso del CEDH. Ello sólo puede ser valorado positivamente en cuanto que introduce parámetros de cierta objetividad y estabilidad como son los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por contraste con las indeterminadas, y sólo con muchas dificultades determinables, "tradiciones constitucionales comunes". Con todo, debe señalarse que el reconocimiento de los citados instrumentos internacionales, y en especial del CEDH, no supone una aceptación en sus propios términos de los mismos, sino sólo un reconocimiento "relativo", lo que introduce también notables dosis de inseguridad y previsibilidad jurídicas. A nuestro juicio, en cuanto que el CEDH expresa el contenido mínimo de los derechos humanos en Europa, resulta hoy indispensable su reconocimiento, por una u otra vía, como fuente directa en materia de derechos fundamentales, incluida naturalmente la jurisprudencia del TEDH, pues el CEDH no es sino lo que el TEDH dice que es. Y por ello mismo, debería rechazarse cualquier limitación de los derechos fundamentales por razón de las "estructuras y objetivos comunitarios" que no encuentre justificación a la luz del CEDH.

616 Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales...*, cit., in toto.

617 STJCE de 10 de julio de 1984 (*Regina*).

618 El reconocimiento de estos tres últimos derechos se produce en la STJCE de 26 de junio de 1980 (*National Panasonic*), §§17 ss.

619 STJCE de 13 de diciembre de 1989 (*Oyowe et Traore*).

620 STJCE de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*), §32.



mismo; 4.- Derechos de defensa<sup>621</sup> y uso de informaciones confidenciales; 5. Derecho a la asistencia de defensor; 6.- Derecho a la confidencialidad o libre comunicación entre los abogados y sus clientes; c.- *Derechos económico-sociales*: 1.- El principio general de igualdad (de oportunidades)<sup>622</sup>; 2.- Derecho de libre sindicación y de negociación colectiva; 3.- Derecho de huelga; 4.- Derecho a la Seguridad Social; 5.- Derecho a la educación; 6. Derecho a la formación profesional; 7.- Derecho a un medio ambiente sano<sup>623</sup>. A estos derechos añadiríamos por nuestra parte el derecho general de la personalidad –reconocido en la STJCE de 12 de noviembre de 1969 (*Stauder*), pero que no ha dado lugar a ningún desarrollo dogmático ulterior ni a ninguna concretización–, el derecho a la protección de datos<sup>624</sup>, la libertad de ejercicio de actividades profesionales<sup>625</sup> y del comercio y otras actividades económicas<sup>626</sup>, y el derecho al trabajo<sup>627</sup>, así como el derecho al secreto médico<sup>628</sup>, la libertad religiosa<sup>629</sup>, o la prohibición del *bis in idem*<sup>630</sup>. Por otro lado, junto a estos derechos fundamentales más tradicionales en el ámbito nacional, es preciso aludir también, específicamente, a las libertades básicas reconocidas en los artículos 28, 39, 43, 49 y 56 TCE y que, tras el TUE, corresponden a todo ciudadano comunitario y ya no sólo a los trabajadores y empresarios. Es cuestión debatida la de la naturaleza de estas libertades

---

621 STJCE de 13 de febrero de 1979 (*Hoffmann-La Roche*).

622 Este derecho fundamental no escrito incluye a otros dos derechos fundamentales sí escritos y reconocidos en los Tratados: la prohibición de discriminación y el mandato de igual remuneración. Tiene, así, una estructura doble pues, mientras para los Estados miembros rige sólo con el alcance fijado en los Tratados, respecto de la Comunidad rige con alcance general.

623 En realidad, los últimos seis derechos citados no han sido reconocidos como derechos fundamentales por la jurisprudencia comunitaria, aunque Chueca considera, a partir de la normativa comunitaria, que sí lo son.

624 En cuanto al derecho de protección de datos personales, aparece amparado por el artículo 286 TCE, introducido en Amsterdam y que prevé que los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales sean de aplicación a las instituciones y órganos creados por el Tratado o sobre la base del mismo, debiendo el Consejo establecer un organismo de vigilancia independiente, responsable de vigilar la aplicación de esos actos comunitarios por las instituciones y órganos comunitarios. Se preceptúa, además, que el Consejo adoptará, en su caso, cualesquiera otras disposiciones pertinentes. Sobre la problemática que esta disposición plantea, véase Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 118 ss.

625 STJCE de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*), §32; STJCE de 8 de octubre de 1986 (*Keller*) y STJCE de 2 de agosto de 1993 (*Kuhn*). Las restricciones operan de modo parecido que respecto del derecho de propiedad.

626 STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §14.

627 STJCE de 23 de enero de 1986 (*Rasmussen*), §27: ("la Comisión haya lesionado de este modo el principio general del derecho al trabajo").

628 STJCE de 5 de octubre de 1994 (*X c. Comisión*).

629 STJCE de 27 de octubre de 1976 (*Prais*).

630 Michael Schweitzer, *Europarecht...*, cit., pp. 245-246; Christian Koenig y Andreas Haratsch, *Europarecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 35; Bengt Beutler, "Artikel F", en Claus-Dieter Ehlermann und Roland Bieber (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 1997, Band I, pp. 51-53.

básicas y aunque, desde nuestro punto de vista, no son hoy por hoy derechos fundamentales comunitarios<sup>631</sup>, la jurisprudencia respecto de las

---

631 Según algunos autores, las mismas "han sido interpretadas por el Tribunal de forma extensiva y configurando progresivamente auténticos derechos fundamentales del ciudadano comunitario, que se considera forman parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario". Cfr. Carlos R. Fernández Liesa, "Los derechos fundamentales en...", cit., p. 652. Stern, asimismo, señala que, aunque la propuesta de concebir las libertades básicas como "derechos fundamentales o derechos equiparados a derechos fundamentales" está sometida a grandes dudas, deben tomarse en consideración las limitaciones, que son comparables al menos estructuralmente a las de los otros derechos fundamentales, y que tampoco el Tribunal Europeo diferencia siempre claramente entre libertades básicas y derechos fundamentales de la Comunidad. Bleckmann considera igualmente que las libertades básicas son un medio para el libre desarrollo de la personalidad y para proteger la dignidad humana y no un mero instrumento al servicio de intereses económicos, de manera que casi todos los problemas de la teoría general de los derechos fundamentales se plantean en términos análogos respecto de las libertades básicas comunitarias, lo que se explica porque estas libertades, en cuanto derechos subjetivos, se dirigen también frente a intervenciones eventuales del Estado. El hecho de que estas libertades básicas no sólo sean derechos subjetivos, sino también principios ordenadores del mercado común no obsta a su consideración como verdaderos derechos fundamentales desde el momento en que los derechos fundamentales nacionales también contienen, según reconoce la doctrina y jurisprudencia dominante en varios países miembros y parece aceptable para todos, tales principios objetivos ordenadores. Por ello mismo, no deben estas libertades básicas entenderse sólo como medio para el logro de los intereses generales económicos comunitarios, sino también, y tras el TUE de modo primordial, como medio para el desarrollo de la libertad y la dignidad personales. Albert Bleckmann, *Europarecht. Das Recht der Europäischen Gemeinschaft*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1990, pp. 185-187, 195 ss., 199-201 y 204. A mi modo de ver, sin embargo, resulta discutible, al menos en el actual estadio de desarrollo del Derecho Comunitario, la naturaleza iusfundamental o no de las libertades básicas. Existe, por lo pronto, una diferencia de carácter objetivo entre las libertades básicas y los derechos fundamentales: mientras las libertades básicas se dirigen, como fundamento que son del Mercado Común, frente a los Estados miembros y tienen como finalidad la eliminación de las restricciones estatales, en el caso de los derechos fundamentales su protección opera frente a actos jurídicos comunitarios, si bien algunos derechos fundamentales también tendrían eficacia, conforme a la jurisprudencia comunitaria, frente a los actos de los Estados miembros (no discriminación salarial). Pero la razón fundamental que obsta, desde nuestro punto de vista, para una igualación, hoy por hoy, entre las libertades básicas y los derechos fundamentales es la de que, contra lo que Bleckmann defendía hace ya años, parece ciertamente excesivo y temerario afirmar que estas libertades protegen aspectos esenciales de la dignidad y la libertad humanas; lejos de ello, estas libertades son más bien medios utilizados al servicio de ciertos objetivos económicos en el marco de la Comunidad, especialmente la movilidad de los factores de producción. Así ocurría también, con toda claridad, con la libertad de circulación de personas que era una libertad de circulación de mano de obra, si bien, por un lado, el TJCE tuvo oportunidad de interpretarla en un sentido amplio más allá del ámbito estrictamente económico a que teóricamente aparecía confinada y, por otro lado, el nuevo artículo 18 TCE ha dado a esta libertad una nueva dimensión iusfundamental, pues la configura como un derecho al margen de toda actividad económica, un verdadero derecho de ciudadanía que nos permite afirmar ya "cives europeus sum" y no meramente, si se nos permite la expresión, "homo economicus europeus sum", algo cualitativamente distinto desde nuestro punto de vista. En cualquier caso, nada de ello es predicable de las otras

mismas se tendrá en cuenta y ello por tres razones: la similitud relativa que en este aspecto ve el TJCE en las libertades básicas por relación a los derechos fundamentales; el hecho de que los derechos fundamentales encuentren aplicación a través de estas libertades más allá de los actos de las instituciones comunitarias o de los Estados actuando en el ámbito del Derecho Comunitario (función bisagra de las libertades básicas respecto de los derechos fundamentales<sup>632</sup>); y, como consecuencia de esto último, en la medida en que el tratamiento de los derechos fundamentales y las libertades básicas no aparece diferenciado con toda claridad en muchas de las sentencias del TJCE, en las que abunda una consideración integrada<sup>633</sup>.

Por último, hay que referirse aquí a ciertos derechos de contenido político, atribuidos, junto a los derechos económicos y sociales,

---

libertades básicas. Por ello, quizás sea posible configurar en el futuro inmediato a la libertad de circulación como derecho fundamental comunitario, pero no, a nuestro juicio, a las restantes libertades básicas. En favor de la equiparación de las libertades básicas y los derechos fundamentales suele citarse la sentencia en el caso *Rutili*, en la que el TJCE compara los límites por interés público a la libertad de circulación con los límites de los segundos párrafos de los artículos 8 a 11 CEDH, de forma que aquella libertad sólo podría ser legítimamente limitada (STJCE de 28 de octubre de 1975 (*Rutili*), §6) si era "necesaria en una sociedad democrática", lo que conllevaría que se respetase el principio de proporcionalidad y el contenido esencial del derecho. Pero lo cierto es que, como Beutler ha destacado, pese a que esta decisión se cite siempre, en realidad en ella no se aplica ningún derecho fundamental como criterio de enjuiciamiento o parámetro de examen, sino sólo la libertad de circulación, que el Tribunal no califica ni expresa ni directamente como derecho fundamental, por lo que la igualación de libertades básicas y derechos fundamentales únicamente con fundamento en esta sentencia no está justificada (Cfr. Bengt Beutler, "Grundrechtsschutz", en Hans von der Groeben, Jochen Thiesing und Claus-Dieter Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 1991, Band IV, apartados 21 y 42 ss., cit. por Hans-Werner Rengeling, Die Grundrechtsschutz..., cit., p. 76, n. 2). Con todo, y desde nuestro punto de vista, esta sentencia lo que sí hace es extender, siquiera *grosso modo*, la dogmática de los derechos fundamentales en el CEDH a las libertades básicas, aparte de que fue la primera sentencia en que el Tribunal se refirió al CEDH como parámetro de examen.

632 Bengt Beutler, "Artikel F", cit., p. 121.

633 Por poner un ejemplo, en el caso de un ciudadano comunitario, pero no francés, agredido en el metro de París, sin que se hubiera logrado identificar a sus agresores, se plantea si tiene derecho a recibir la misma indemnización que el Código Procesal Penal francés prevé sólo para los nacionales y ello, pese a que se trata de una competencia no comunitaria (penal o procesal), en virtud de la relación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad con la libertad de circulación, aunque todo ello con relación, a su vez, aunque nada diga el TJCE sobre ello, con el derecho fundamental a la integridad física. El TJCE rechaza la regulación francesa por violar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, pero realiza una afirmación sobre el derecho fundamental (que no califica así) a la integridad física que supone, a la postre, integrarlo en este ámbito de un modo un tanto curioso en la libertad de circulación: "Cuando el Derecho Comunitario garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado miembro, la protección de la integridad de esta persona en el Estado miembro de que se trata, en pie de igualdad con los nacionales y con las personas que residen en él, constituye el corolario de esta libertad de circulación" (STJCE de 2 de febrero de 1989, *Cowan*, §17).

por los Tratados a los ciudadanos comunitarios y que se denominan "derechos específicos" del ciudadano comunitario, que han sido codificados en el artículo 8 a 8E TUE, y que aparecen vinculados al estatuto jurídico-político de "ciudadanía de la Unión", categoría que proviene de una propuesta española en junio de 1990<sup>634</sup>: a) libertad de circulación y residencia, al margen ahora ya de toda actividad económica; b) derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo; c) el derecho a la protección diplomática de cualquier Estado miembro en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro de que sea nacional; d) el derecho de petición frente al Parlamento Europeo; y e) el derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo europeo. No obstante, debe señalarse que algún sector doctrinal no los considera derechos fundamentales en sentido estricto<sup>635</sup>.

### 3.- Catálogo comunitario de derechos fundamentales sin fuerza jurídicamente vinculante (1989)

El 12 de abril de 1989, el Parlamento Europeo aprobó una *Declaración de los derechos y libertades fundamentales*, pero debe señalarse que se trata, más allá del valor que pueda tener desde otras perspectivas, de un texto carente de toda fuerza jurídica de obligar. No obstante, nos referiremos también después a sus más bien parcas regulaciones sobre las limitaciones a los derechos reconocidos en dicha Declaración. Los derechos que reconoce esta Declaración son los que siguen: el derecho a la vida y a la prohibición de la tortura; libertad de pensamiento, opinión e información; respeto de la vida privada; protección de la familia; derecho de propiedad; libertades de reunión y de asociación; derecho a la educación; acceso a la justicia; irretroactividad sancionadora; y abolición de la pena de muerte; derecho a la dignidad, igualdad ante la

---

634 José Luis Fuertes Suárez, "La ciudadanía europea y los derechos fundamentales", en *La Constitución española...*, cit., p. 1505.

635 En este sentido, Carlos R. Fernández Liesa, "Los derechos fundamentales en...", cit., p. 652. Coincide en parte Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 56-57. A nuestro modo de ver, sin embargo, nada obsta a esta consideración: se trata de derechos fundamentales, pero no atribuidos a todo hombre sino sólo a los ciudadanos, en este caso, a los ciudadanos de la Unión, categoría nueva creada en Maastricht. Es más, en el caso de los dos últimos derechos mencionados, se produce una extensión de los mismos a cualquier persona, física o jurídica, que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro y, por consiguiente, a los extranjeros (artículo 21 por relación con los artículos 194 y 195 TCE); con relación al derecho de petición al Parlamento Europeo, su Reglamento admite incluso las peticiones de los extranjeros (no ciudadanos comunitarios) que residan fuera del territorio de la Unión (artículo 158). Cfr. Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 56. Pero es que también en el caso de los restantes derechos, verdaderamente "específicos" o exclusivos de los ciudadanos comunitarios, estamos ante derechos fundamentales, bien que de naturaleza política con lo que ello supone. Desde nuestro punto de vista, no obsta a ello la regulación separada, y aparentemente diferenciadora, que lleva a cabo el artículo 6.2 TUE.

ley, libertad de movimiento, sufragio activo y pasivo, petición, libertad de profesión, condiciones justas de trabajo, derechos sociales colectivos (negociación, huelga, información y consulta en la adopción de decisiones), protección social y defensa de los consumidores, y derecho a la conservación, protección y mejora del medio ambiente.

#### **4.- Los Tratados de Maastricht y Amsterdam: Legalización de la doctrina jurisprudencial**

##### **A) Tratado de la Unión Europea (1992)**

El artículo F.2 (actual 6.2) TUE ha consagrado en buena medida, a nivel positivo, la jurisprudencia del TJCE y lo ha hecho en los siguientes términos<sup>636</sup>: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario".

Esta declaración resultaba, sin embargo, fuertemente condicionada por el artículo L (actual 46) del mismo Tratado, que declaraba, antes de su modificación en Amsterdam, como justiciables ante el TJCE únicamente las disposiciones por las que se modifican los TCEE, TCECA y TCEA; el tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3; y, por último, los artículos L a S. Es decir, la disposición comentada del artículo F.2 (actual 6.2) quedaba excluida de la competencia del TJCE.

Nada de ello impidió a García de Enterría sostener que, en virtud del artículo F.2, el CEDH había pasado a formar parte, a través de un proceso de recepción jurídica, del Derecho originario o constitucional de la Unión, como ocurría también, con todos sus protocolos adicionales<sup>637</sup>, si bien ello sólo se producía respecto de la parte material del Convenio, no respecto de su parte orgánica o procedimental<sup>638</sup>. De este modo, la Unión Europea tendría ya un *Bill of Rights* escrito y jurídicamente vinculante, vinculación efectiva que sería esencialmente distinta del mero valor inspirador o de las meras "indicaciones que conviene tener en cuenta" que, según el TJCE, proporcionaba el CEDH<sup>639</sup>. En cuanto al artículo L TUE, consideraba García de Enterría que con él se había producido

636 Se trata de "una codificación de la jurisprudencia" del TJCE sobre derechos fundamentales. Christian Koenig y Andreas Haratsch, *Europarecht*, cit., p. 34.

637 Aunque el TUE no mencione a los protocolos adicionales del CEDH, el artículo F.2 también se extiende a ellos pues todos esos Protocolos declaran que las partes contratantes consideran los artículos que adicionan derechos nuevos a los proclamados por el Convenio originario "como artículos adicionales al Convenio" y la expresión "tradiciones constitucionales comunes" no conlleva una exigencia de unanimidad.

638 No es posible tampoco recurrir las sentencias del TJCE ante el TEDH ni puede tampoco el primero plantear cuestión prejudicial ante el segundo.

639 Eduardo García de Enterría, "Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", *Derechos y libertades*, núm. 1, 1993, pp. 476 ss.

"inesperadamente para los redactores" del Tratado, "pero en forma perfectamente relevante para el intérprete, un efecto en cierto modo análogo al de *double renvoi*: el artículo L reenvía al artículo F para determinar la exclusión, pero a su vez este artículo F remite a toda la materia comunitaria originaria, para la cual, aún a sus revisiones sucesivas, incluida la de Maastricht, es aplicable la jurisdicción del Tribunal de Justicia, según el propio artículo L. El efecto final es la aplicación plena del artículo F a toda la materia comunitaria estricta según el artículo L, aplicación difícilmente negable en estrictos términos interpretativos". Con ello, quedaría garantizada "la eficacia general del artículo F.2, con la salvedad de la política exterior y de la seguridad y de la cooperación en los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior"<sup>640</sup>.

Alonso García, en cambio, entendía que la posición del CEDH en el Derecho Comunitario no resultaba alterada, seguramente debido a la situación de Irlanda y Reino Unido, respecto del CEDH, que no es considerado Derecho interno, no pudiendo ser invocado ni aplicado, salvo a efectos puramente interpretativos en el Reino Unido. Otros autores consideran que, dado que este artículo F.2 no aporta, en la práctica, nada nuevo al *status* iusfundamental del individuo en el marco comunitario, es en realidad pura declamatoria<sup>641</sup>.

---

640 Eduardo García de Enterría, "Los derechos fundamentales...", cit., p. 480. Pérez Vera, por su parte, entendía que el TUE daba con el artículo F.2 un paso más que la jurisprudencia comunitaria cuando esta última sostenía que los Tratados internacionales en materia de derechos humanos proporcionan elementos que el Derecho Comunitario puede "tener en cuenta". Aún más, el hecho de situar en primer lugar al Convenio que "garantiza" los derechos fundamentales respecto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, parece apuntar al reconocimiento de una cierta prioridad conceptual en su invocación. Por ello, se muestra esta autora de acuerdo con Enterría en que el TUE incorpora, por remisión, la parte no orgánica ni procedimental del CEDH a la "Constitución" comunitaria. Estos derechos, según los artículos 1 y 14 CEDH, serían de aplicación a todas las personas que dependan de la jurisdicción de los Estados miembros de la Unión y sólo los ciudadanos comunitarios gozarán de las libertades básicas, así como de los derechos políticos de ciudadanía comunitaria (artículos 8 y 8A a 8E, actuales 17 a 22 TCE). Ahora bien, la incorporación del CEDH lo es exclusivamente de su parte material y no, en particular, de sus mecanismos de control, por lo que los particulares no disponen de ningún recurso directo para la protección de sus derechos fundamentales, sino que sólo existe un recurso con una legitimación limitada y en favor únicamente, en cualquier caso, de los ciudadanos comunitarios. Elisa Pérez Vera, "La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea", Sistema, núm. 114-115, pp. 146 ss. Entiende esta autora, no obstante, que los extranjeros (=no ciudadanos comunitarios) gozan del *ius standi* para invocar la protección de aquellos derechos que estimen conculcados por una norma comunitaria y, en la cima del sistema judicial de la Comunidad, el TJCE debe armonizar las soluciones nacionales, cuando sea requerido por la vía del recurso prejudicial, previsto en el artículo 234 TCE. Además, existe un derecho de petición ante el Parlamento Europeo en favor no sólo de los ciudadanos comunitarios, sino de todas las personas físicas o jurídicas con residencia o domicilio social en un Estado miembro y lo mismo ocurre con la posibilidad de recurrir al Defensor del Pueblo (artículos 194 y 195 TCE). *Ibid.*, pp. 150-151.

641 Hans R. Klecatsky, "Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Europäischen Union", en Fritz Reichert-Facilides, *Recht und Europa: eine Ringvorlesung von*

Sea como sea, sigue abierta la posibilidad de la adhesión de la CE al CEDH, por más que para ello sea posible únicamente "a través de una modificación del Tratado", según el TJCE<sup>642</sup>, entre otras posibles

*Mitgliedern und Gästen der Innsbrucker Rechtsfakultät*, Braumüller, Wien, 1997, p. 68. Fernández Liesa, por su parte, se situaba en una posición intermedia entre estas dos posturas extremas, y entendía que no permanecía todo exactamente igual que antes, sino que se habría producido una constitucionalización, a efectos interpretativos, de los parámetros establecidos por el artículo F.2 (actual 6.2) TUE, de manera que la obligación de respetar los derechos fundamentales se habría convertido en un "principio rector de las Instituciones" que podría contribuir a eliminar razonamientos de ilegitimidad de las actuaciones institucionales y que les serviría de línea directriz y se mostraba de acuerdo con Rodríguez Iglesias, Presidente del TJCE, en que el CEDH "desempeña ya en la práctica jurisprudencial del TJCE una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido". Véase Carlos R. Fernández Liesa, "Los derechos fundamentales en...", cit., p. 663. De algún modo, también era una postura intermedia la del Presidente del TJCE y Valle Gálvez, quienes consideran "que, con independencia de la explicación teórica del valor jurídico del Convenio como elemento de identificación de principios generales, el Tribunal de Justicia aplica de hecho sus disposiciones como parte integrante del Derecho Comunitario. Hay, incluso, elementos de la jurisprudencia del TJCE que pueden ser interpretados como un reconocimiento, en el ámbito comunitario, de la autoridad de la interpretación del Convenio por su órgano jurisdiccional específico, el TEDH. Por todo ello, el CEDH desempeña en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido", aunque para la cuestión del "valor jurídico de aquellos protocolos adicionales al Convenio que no vinculan a todos los Estados miembros de la Comunidad" la jurisprudencia existente "no ofrece elementos de respuesta". Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario y...", cit., p. 338. Una posición nuevamente original es la de Ruiz Miguel, quien entendía que el artículo F.2 en relación con el L TUE (que excluye al artículo F.2 del conocimiento por el TJCE) suponía que el TJCE "no puede ejercer sus competencias para juzgar en materia de derechos fundamentales y, mucho menos, para cercenarlos o declararlos en forma restrictiva respecto al modo en que se reconocen en las Constituciones nacionales; antes bien, debe aceptar, aunque le cueste, el hecho de los derechos fundamentales que cada ciudadano ostenta en virtud de su ordenamiento constitucional. No creemos admisible la posible alegación por el TJCE de que el respeto a los derechos fundamentales rompería la unidad del ordenamiento comunitario en la medida en que no parece que el fin justifique los medios. La consecución de dicha unidad no puede hacerse al precio de cercenar los derechos fundamentales. El TUE es contundente: el Tribunal de las Comunidades no puede entrar a juzgar en materia de derechos fundamentales". Ello se explicaría, en opinión del autor, por la particular posición del Reino Unido y por la preocupación extendida en ciertos países como Italia, España y, sobre todo, Alemania sobre el cercenamiento que ha realizado el TJCE en varias ocasiones de los derechos fundamentales. Carlos Ruiz Miguel, "Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho Comunitario y el ordenamiento nacional", en *La Constitución española...*, cit., p. 1847. Esta interpretación, cualquiera que fuera antes su plausibilidad y practicabilidad y conveniencia política, no es ya sostenible tras la reforma del TUE por el Tratado de Amsterdam de 1997, como enseguida veremos. Era, desde luego, la interpretación más coherente con el tenor literal del artículo L TUE, aunque no por ello la más acertada pues la hermenéutica jurídica, mucho más en el ámbito "constitucional" comunitario, va siempre mucho más allá de la estricta literalidad, pudiendo aplicarse la máxima evangélica de que la letra mata y el espíritu vivifica.

642 Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996, emitido con arreglo al apartado 6 del artículo 228 TCE. Ello se explica en cuanto que "entrañaría un cambio

líneas de evolución. Mientras no se produce esa evolución, en un sentido u otro, aunque desde nuestro punto de vista no pueda hablarse todavía de la existencia de una Constitución europea<sup>643</sup>, sí que puede sostenerse la existencia ya de algunos "fragmentos de Constitución" (en el sentido de que constituyen fracciones partes de una teoría constitucional todavía a desarrollar, sin presuponer por ello una Constitución en sentido estricto<sup>644</sup>, ni sobre todo un proceso constituyente). De entre esos fragmentos constitucionales descuellaría, sin duda, este artículo F.2 (actual 6) TUE, pues sigue siendo cierta la afirmación de la Declaración Francesa de derechos del hombre y del ciudadano de que un país que no reconoce efectivamente los derechos fundamentales y la división de poderes "no tiene Constitución". Desde este punto de vista, el artículo F.2 (actual 6.2) TUE constituye un paso importante en el progresivo proceso hacia una Constitución europea, por más que deba reconocerse su notoria precariedad técnica y alcance insuficiente. No dibuja todavía este artículo F.2 (actual 6.2) TUE, ni de lejos, un marco mínimamente satisfactorio para la garantía y protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Y cada la vez lo será menos. Pero supone un avance y una primera regulación o aproximación positiva en el ámbito comunitario a uno de los contenidos más característicos y esenciales de toda Constitución: los derechos fundamentales.

## B) Tratado de Amsterdam (1997)

Después de la adopción del TUE, y tras una ampliación de la Unión, en 1996 se celebra una nueva Conferencia intergubernamental que dará lugar al Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, que revisa el Tratado de la Unión Europea y que "transforma" al citado artículo F en el actual artículo 6 TUE en su revisión tras Amsterdam. Además, se modifica

sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario".

643 Una opinión distinta es la de García de Enterría: "Hoy Europa ha accedido, pues, a un verdadero status constitucional. Tiene establecida una singular división de poderes, tiene garantizados los derechos fundamentales a través de un específico y complejo sistema judicial que comprende todos los Tribunales nacionales de cada uno de sus 12 [hoy 15] Estados y la coronación del sistema a través de la pieza maestra que es el Tribunal de Justicia de las Comunidades —o de la Comunidad, en singular, a partir de ahora— [...] *Cives europaeus sum*, podremos decir a partir de ahora con orgullo los nacionales miembros de la Unión y ello no sería una vana expresión, como no lo son nunca las palabras, sean cuales sean, de una Constitución". Eduardo García de Enterría, "Los derechos fundamentales...", cit., p. 480.

644 Sobre la caracterización del artículo F como "fragmento constitucional" o, incluso, "pequeña Constitución", véase Bengt Beutler, "Artikel F", cit., pp. 78 ss. El propio TJCE, en su Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, sobre el proyecto de acuerdo entre la Comunidad y los países de la AELE relativo a la creación del Espacio Económico Europeo, calificaba al Tratado de la Comunidad Económica Europea como "carta constitucional de una Comunidad de Derecho".



el artículo L, que ahora pasa a ser el artículo 46 TUE, en el sentido de incluir el artículo 6.2 (antiguo F.2) dentro de las competencias del TJCE, aunque ello no suponga, en realidad, ninguna novedad<sup>645</sup>, sino solamente la corrección de una cierta incoherencia del TUE pues los derechos fundamentales eran competencia del TJCE desde hace ya décadas. El artículo 7 prevé, además, con miras en la integración de algunos países del Este, que el Consejo pueda intervenir cuando un Estado miembro esté cometiendo violaciones "graves y persistentes" de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, para constatar dicha situación y, si lo estima oportuno, decidir suspender determinados derechos derivados del Tratado para ese Estado, no previéndose en ningún caso la expulsión. Se exige la integración del Consejo por los Jefes de Estado o de Gobierno, salvo el del país afectado, decidiendo por unanimidad a propuesta de la Comisión o de un tercio de los Estados miembros, y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo. Más en concreto, el artículo 13 (antiguo 6.A) TUE autoriza al Consejo, en materia de igualdad, a adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. También se contienen algunas disposiciones sobre los derechos sociales en el artículo 136 (antiguo 117) TUE. Por consiguiente, el Tratado de Amsterdam no ha supuesto ninguna novedad en el campo de los derechos fundamentales comunitarios<sup>646</sup>.

---

645 Ya García de Enterría había considerado que la exclusión operada por el artículo L TUE era un "equivoco" que era de lamentar: "Habrá que esperar a la revisión del Tratado de Maastricht que él mismo (art. N) prevé a partir de 1996 para que ésta y otras cuestiones de perfeccionamiento del sistema puedan quedar más claramente incorporadas, conforme al ideal de una "Comunidad de Derecho". Eduardo García de Enterría, "Los derechos fundamentales...", cit., p. 480.

646 Como Pi LLorens sostiene, el Tratado de Amsterdam no ha alterado el régimen anterior de protección de los derechos fundamentales, que seguirá dependiendo de la aplicación por el TJCE de los principios generales del Derecho a partir de textos internacionales y de las tradiciones constitucionales comunes. Una vez más, se ha rechazado la opción de incluir un catálogo de derechos. Ello no es de extrañar si se contempla el Tratado en su conjunto, puesto que las reformas que se han pactado son, en general, pobres en todos los terrenos, muy especialmente en el institucional. En nuestra opinión, esto provoca que el tema de los derechos fundamentales siga siendo un tema pendiente e incluso aún más problemático que en el pasado. No deben menospreciarse, por ejemplo, los problemas que puede plantear en relación con los derechos fundamentales protegidos en las diversas Constituciones la aplicación del nuevo título del TCE [TUE] dedicado a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. El TJCE deberá proteger los derechos también en este ámbito sin que el Tratado le proporcione bases jurídicas sólidas y claras. Particularmente conflictivas pueden resultar en este ámbito las limitaciones que el artículo 68 (antiguo 73P) establece a la competencia del TJCE en relación a las medidas relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia interior. Según como se interprete dicha limitación competencial, podría incluso representar un paso atrás respecto a la situación actual, en la que todas las medidas comunitarias están sometidas al control del TJCE, y por tanto su garantía del respeto de los derechos fundamentales. Montserrat Pi LLorens, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 140.

### C) Carta de derechos fundamentales de la Unión europea

La *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* – proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza el 7 diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, la Comisión y Consejo<sup>647</sup> –, hubiese sido un avance muy importante en la garantía de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y en el desarrollo de esa Unión, de no ser porque carece de todo valor normativo, lo que hace que, aun suponiendo un cierto avance en el terreno político, y siendo un documento acertado, nada aporta en realidad en términos jurídicos, sin perjuicio de lo cual se hará referencia a su regulación más adelante, pues expresa cierto consenso relativo de los Estados miembros y además el Consejo Europeo señaló que posteriormente habría que estudiar si la Carta debe incorporarse a los Tratados y, caso afirmativo, cómo debe hacerse. Sea como sea, y aun siendo un paso adelante, no cabe duda de que la falta de valor normativo resulta decepcionante y materialmente insatisfactoria, pues como declarara con toda razón el Parlamento Europeo en sus resoluciones de 16 de marzo y 2 de octubre de 2000, “una Carta de Derechos Fundamentales que se redujera a una proclamación no vinculante [...] defraudaría las legítimas expectativas de los ciudadanos”<sup>648</sup>. A sus disposiciones haremos luego referencia. Baste ahora con adelantar que

---

647 El Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 otorgó a una Convención un mandato de redactar un Proyecto de Declaración, que, una vez redactado por la Convención, fue aprobado por unanimidad en el Consejo Europeo de Biarritz, pasando así al Parlamento Europeo y la Comisión para su aprobación, que se produjo, respectivamente, el 14 de noviembre y el 6 de diciembre de 2000. El 7 de diciembre la aprobaba también el Consejo.

648 El Parlamento subordinaba su aprobación definitiva a que se incorporase con “pleno carácter vinculante” al Tratado de la Unión Europea y el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones mantuvieron el mismo criterio, así como la casi totalidad de los representantes de la sociedad civil europea en sus audiencias ante la Convención. La Comisión, en cambio, consideraba que el estatuto jurídico de la Carta debía quedar abierto. Seguimos aquí a Juan Antonio Carrillo Salcedo, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 9, año 5, enero-junio 2001, pp. 13-14, cuya opinión de que “la Carta llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho Comunitario” (a modo de una “carta constitucional”: pp. 19 y 25) nos parece que peca en exceso de voluntarismo, sin perjuicio de que sea de esperar que el Tribunal se base en ella y la cite y use de referencia. Véase además el artículo del representante personal del Presidente español en la Convención que redactó el Proyecto de Carta, Álvaro Rodríguez-Bereijo, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 4, enero-junio 2001, pp. 815 ss. Es también de especial valor un texto aclaratorio de la Carta elaborado por Hermann Herzog (Presidente de la Convención que elaboró el Proyecto de Carta), con breves comentarios o exégesis de cada artículo de la Carta. El texto está disponible, en alemán, en el servidor en internet del Parlamento Europeo ([www.europarl.server.eu.int](http://www.europarl.server.eu.int)).

consagra la reserva de ley, y el respeto al contenido esencial y al principio de proporcionalidad, en unos términos que se verán, así como proclama el carácter de estándar mínimo del CEDH, aunque no parece consagrar un estándar máximo respecto de las constituciones nacionales, algo quizás comprensible. El artículo 54, además, en consonancia con otros textos internacionales como el art. 17 CEDH, establece que los derechos no podrán utilizarse para destruir los propios derechos reconocidos en la carta ni para limitarlos más allá de lo que ésta permite, lo que denomina "prohibición del abuso de derecho".

## 5.- Proyectos de Constitución europea

Pese a la relativa aceleración del proceso de integración europea, parece que no son propicios los tiempos que vivimos para la elaboración y aprobación de una verdadera Constitución comunitaria, que tendría que tener, naturalmente, para ser tal, una Declaración de derechos o, cuando menos, una remisión a algún o algunos textos internacionales en la materia. No corresponde aquí, desde luego, hacer futuribles, ni siquiera hacer consideraciones *de lege ferenda*, sino que, más sencillamente, nos referiremos al Proyecto abortado de Constitución europea que no ha sido aprobado por ninguna institución comunitaria, pero que ha sido elaborado por la Comisión de Asuntos constitucionales del Parlamento Europeo bajo la ponencia de don Marcelino Oreja Aguirre, cuya versión definitiva es de 27 de abril de 1993.

Este Proyecto establece, en lo que ahora interesa, que "el respeto de los derechos y libertades garantizados por la presente Constitución no admitirá excepción alguna, salvo en virtud de una ley que respete su contenido esencial, y dentro de los límites razonables y necesarios para la salvaguardia de una sociedad democrática" (artículo 7.21). Ello supone, por lo pronto, y en un plano estrictamente formal, que toda limitación o "excepción" de uno de derechos y libertades garantizados por este Texto debe estar "prevista por la ley". Se consagra una clara y amplia reserva de ley en materia de derechos fundamentales, lo que es una exigencia común a todos los países de la Unión a nivel nacional y también viene exigido en el marco del CEDH. Desde una perspectiva material, se establece la exigencia de que toda limitación a los derechos y libertades sea "razonable" y necesaria "para la salvaguardia de una sociedad democrática", lo que conecta con exigencias contenidas en ciertos textos internacionales en materia de derechos humanos a que ya nos hemos referido y en realidad viene a consagrar, a nivel positivo, el principio de proporcionalidad como parámetro enjuiciador de toda limitación a los derechos fundamentales. Por último, y parece que claramente como algo diverso del principio de proporcionalidad, se establece la exigencia de que la ley respete su contenido esencial, resultando reforzado este requisito en cuanto que se habla de "una ley que respete su contenido esencial", con lo que se establece una conexión clara y directa entre el respeto a ese contenido esencial y la ley, cuya invalidez no puede suscitar

dudas cuando ese contenido esencial no sea respetado. Por otra parte, el artículo 7.22 establece que "ninguna disposición de la presente Constitución podrá interpretarse en el sentido de que restringe la protección ofrecida por el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho internacional" y el artículo 7.23 dice que "ninguna disposición de la presente Constitución podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno a desarrollar actividades o realizar actos destinados a limitar o suprimir los derechos y libertades proclamados en la misma". El Proyecto aprobado por la Comisión Institucional del Parlamento Europeo el 10 de febrero de 1994, y conocido como "Proyecto Herman", mantiene la regulación contenida en el llamado "Proyecto Oreja", al que acabamos de referirnos<sup>649</sup>.

## II.- EL MÉTODO DE EXAMEN DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

La doctrina ha señalado que, en comparación con la teoría alemana de los derechos fundamentales (aunque no siempre en contraposición a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*), en la jurisprudencia del TJCE se percibe, con relación a la cuestión del ámbito protegido de los derechos fundamentales y las restricciones admisibles a los mismos (que el Tribunal ve siempre como en relación), una falta de las "precisiones que serían deseables e indispensables" para la efectiva protección de aquellos derechos<sup>650</sup>. Y en efecto, aunque es cierto que el TJCE ha recepcionado en el sistema de Derecho Comunitario los derechos fundamentales en cuanto recogidos en la CEDH, no lo es menos que a dicha Convención se le reconoce sólo un efecto indirecto sobre el Derecho Comunitario, lo que, por lo pronto, supone que no se recoja, sin más, la doctrina del TEDH, y, en lo que ahora importa, el TJCE no sigue el método utilizado por el TEDH para el análisis de la legitimidad de las injerencias en los derechos fundamentales.

---

649 Un análisis global de estos Proyectos puede verse en Francesc de Carreras Serra, "Análisis del Proyecto de Constitución europea", RFDUC, núm. 18 (monográfico), Madrid, 1994, pp. 3 ss; *id.*, "Por una Constitución europea", en Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1996, pp. 225 ss. Véase asimismo Araceli Mangas Martín, "Reflexiones sobre el Proyecto de Constitución europea ante la perspectiva de la reforma de 1996", *REDC*, núm. 45, pp. 135 ss; Eduardo García de Enterría, "El Proyecto de Constitución europea", *REDC*, núm. 45, pp. 9 ss; Rainer Arnold, "Reflexiones sobre una futura Constitución europea", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, pp. 17 ss; María Luisa Fernández Esteban, "La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *REDC*, núm. 40, pp. 241 ss; Luis Díez-Picazo, "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea", *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 2, 1993, pp. 533 ss; Gil Carlos Rodríguez Iglesias, "La Constitución de la Comunidad Europea", *Noticias CEE*, núm. 100, 1993, pp. 93 ss.

650 Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der europäischen Gemeinschaft*, C.H.Beck, München, 1993, p. 209.

Más bien, es de destacar la ausencia de todo método riguroso y uniforme de examen<sup>651</sup>. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia del TEDH, en el caso del Derecho Comunitario no se utiliza por parte del Tribunal de Luxemburgo ningún método de análisis escalonado de las injerencias en los derechos fundamentales. Es cierto que, en el caso de la CEDH, dicho método encuentra un apoyo más o menos claro en la propia formulación expresa de algunos de los derechos, pero ello no es óbice para su utilización, también, en el marco del Derecho Comunitario. Lejos de ello, a nuestro modo de ver, un método escalonado de análisis de las injerencias reposa en realidad en exigencias jurídicas más generales que se derivan de la necesidad de hallar una técnica jurídica que resulte apropiada para el análisis de una determinada medida o injerencia a fin de determinar si la misma resulta legítima, o no, en términos de Derecho y en concreto, en términos de derechos fundamentales, ya sean éstos los reconocidos en el Derecho nacional, en el de la CEDH o, como ahora, en el Derecho Comunitario.

El método, claro y transparente, que debería utilizarse es el siguiente. En primer lugar, debe determinarse concretamente los derechos fundamentales que resultan "aplicables" en cada caso, lo cual no puede hacerse ni en abstracto ni conjuntamente respecto de dos o más derechos, sino solamente con relación a cada derecho fundamental en particular, en función de su específico contenido o ámbito normativo<sup>652</sup>. Junto a este primer nivel de determinación del derecho fundamental o derechos fundamentales que resultan de aplicación al caso concreto, y fijación del ámbito inicialmente protegido de cada derecho fundamental en particular (ámbito normativo)<sup>653</sup>, se hace necesario diferenciar otros dos niveles de

---

651 No obstante, según Beutler, sí que realiza el TJCE, al analizar la legitimidad de las medidas de intervención en un derecho fundamental, un examen de tres aspectos diversos: en primer lugar, la justificación de la intervención o restricción por intereses comunitarios; en segundo lugar, su proporcionalidad, especialmente su necesidad; y en tercer lugar, la posible lesión del contenido esencial del derecho fundamental. Bengt Beutler, "Artikel F", cit., p. 116. Pero ello, a nuestro modo de ver, no pasa de ser una mera fórmula en la mayor parte de las ocasiones, o por lo menos las consecuencias que de ese esquema de análisis deberían derivarse no aparecen explicitadas, con relación naturalmente al derecho sujeto a examen, en el texto de la sentencia.

652 Deben, por ello, desecharse de plano toda clase de referencias conjuntas y "abstractizantes" a varios derechos fundamentales, tan frecuentes en la jurisprudencia del TJCE. Y es que la aplicación del método escalonado de examen a que a continuación nos referimos sólo es posible con respecto a un derecho fundamental concreto y no respecto de varios de modo conjunto, pues, de lo contrario, y sin perjuicio del acierto de la decisión de fondo, se estará prescindiendo del mínimo rigor lógico jurídico que es exigible a cualquier sentencia en materia de derechos fundamentales, sea de un juez o tribunal ordinario, de un tribunal constitucional o del Tribunal de Justicia comunitario. Y así lo ha venido haciendo, lamentablemente, a nuestro juicio, el TJCE no con escasa frecuencia. Véase, a título de ejemplo ejemplo, la STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §§14-15, donde se enjuicia la conformidad de la medida sujeta a examen con los derechos fundamentales a la "propiedad [... al] libre ejercicio del comercio, del trabajo y de otras actividades profesionales" conjunta y genéricamente, sin ningún tipo de especificación ni de examen separado de la lesión de cada derecho.

653 En cualquier caso, debe señalarse que la jurisprudencia del TJCE no sólo no

examen: por un lado, debe precisarse si ha existido, o no, una injerencia en un derecho fundamental; y por otro lado, en caso afirmativo, debe someterse a examen la legitimidad de esa injerencia en el ámbito normativo del derecho, debiendo aquí analizarse no sólo la justificación por intereses superiores desde el punto de vista comunitario, la proporcionalidad y la no lesión del contenido esencial, sino también la legalidad de la intervención o previsión por la ley de la misma.

Y se propugna aquí el empleo de este método escalonado no sólo a efectos "internos" del Tribunal de Luxemburgo, obviamente, sino también, y sobre todo, a efectos externos. Dicho de otro modo, dicha técnica de examen debería exteriorizarse o manifestarse en las propias sentencias del Tribunal, con toda la claridad y toda la exhaustividad que sea necesaria, desde luego muy superiores a las que han venido caracterizando a su jurisprudencia hasta el momento. Se trata ésta de una técnica destinada no sólo a facilitar el examen de la legitimidad de las intervenciones en los derechos fundamentales, sino también a hacer transparente y racionalmente controlable en la mayor medida posible el procedimiento de examen de esa legitimidad y los criterios utilizados para ello, lo que, a su vez, contribuirá a un examen (interno) más racional y autodisciplinado por parte del Tribunal.

No ha sido, desde luego, ésta la práctica seguida hasta ahora por el TJCE, cuyas sentencias se caracterizan, por lo pronto, por su carácter escueto o apodíctico, con el consiguiente déficit argumentativo, y en particular por la ausencia de toda diferenciación clara entre el ámbito normativo de un derecho fundamental, las intervenciones en el mismo y la justificación de esas intervenciones<sup>654</sup>, por lo que, como Rengeling destaca, no es sorprendente que, en el marco de una consideración global del derecho fundamental o con relación a sus restricciones, se niegue "precipitada y quizás erradamente una lesión del derecho"<sup>655</sup>. Ello, a nuestro modo de ver, excluye de entrada la imprescindible transparencia metodológica y expositiva, y aunque no excluye evidentemente un adecuado enjuiciamiento *in casu* de las medidas por el Tribunal, desde luego sí lo dificulta en considerable medida<sup>656</sup> y, en cualquier caso, hace

---

viene utilizando esta categoría del "ámbito normativo" sino que, lo que es más importante, no ha precisado en general el ámbito o radio inicial de acción de los distintos derechos fundamentales, ni los ha delimitado siquiera unos de otros, ni ha diferenciado entre ese ámbito protegido inicial y los límites al derecho de que en cada caso se trate. El más importante esfuerzo doctrinal en esta línea es el de Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., in toto.

654 En sentido idéntico, Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 233; también, entre otros, Albert Bleckmann, *Europarecht. Das Recht...*, cit., p. 145.

655 Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 213.

656 Y justamente por ello no podemos compartir el criterio de que este déficit argumentativo se deba a la ausencia de un catálogo comunitario explícito de derechos fundamentales, como una suerte de manifestación del "self-restraint" del TJCE, pues la ausencia de motivación es, y aun dentro de ciertos límites, característica de un poder soberano, pero no lo es de un órgano jurisdiccional, que estará operando dentro de su campo propio de juego sólo en la medida en que sus sentencias no sean puras decisiones, sino decisiones jurídicamente motivadas y racionalmente controlables. La

poco disciplinada, transparente y previsible su actuación jurisdiccional, afectando por ello, en último término, a la propia legitimidad del Tribunal, a la seguridad jurídica de las partes y también de los ciudadanos en general y obstaculizando, al mismo tiempo, a causa del carácter prejudicial de sus decisiones, el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad por los demás tribunales.

Con ello, no se pretende negar la evidente creatividad que en este ámbito ha desarrollado, y habrá de continuar desarrollando, el TJCE, pero la misma no es incompatible con un razonamiento y fundamentación claros, sistemáticos y exhaustivos, tanto más necesarios justamente en estos casos a fin de disciplinar en cierto grado la creatividad judicial, que ha de ser, desde nuestro punto de vista, algo más que un casuismo ciego y asistemático, especialmente si se atiende a la necesidad de acomodación de la jurisprudencia comunitaria en este terreno al CEDH tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Estrasburgo, así como al conjunto de los, por ahora, quince ordenamientos nacionales de los países miembros, acomodación múltiple sin precedentes en la historia del Derecho y que no resulta efectivamente nada fácil, pero que a duras penas podrá llevarse a cabo a base de un decisionismo con un déficit argumentativo que no hace sino eludir el problema, lo que no es un modo de solucionarlo, ciertamente<sup>657</sup>.

Y no debe olvidarse, por otra parte, que, como en ciertas ocasiones ha dicho el TEDH con respecto a los tribunales nacionales, los tribunales no sólo deben hacer justicia, sino también parecer que la hacen. Y es que, a nuestro modo de ver, la legitimidad fundamental de cualquier Tribunal reside en el peso de sus argumentaciones; sus decisiones sólo pueden presentarse como legítimas en la medida en que se exterioricen, no como decisiones libres y soberanas, sino como decisiones vinculadas

ausencia de un catálogo de derechos fundamentales no sólo no explica la insuficiencia motivadora del TJCE, sino que la hace tanto más criticable pues es mayor la necesidad de presentar sus decisiones como jurídicamente justificadas, como derivadas de la justicia y el Derecho y no como manifestaciones de un poder desnudo y soberano, lo que desde luego el TJCE ni es ni puede ser.

657 Se comprende que no se encuentren en la jurisprudencia del TJCE referencias a los concretos ordenamientos nacionales y no sólo por la dificultad que ello implica en una Comunidad de, por ahora, 15 Estados con 15 ordenamientos distintos, sino porque las omisiones o, peor aún, los inevitables malentendidos de la "solución" de algún ordenamiento nacional serían mal acogidas y restarían autoridad al Tribunal, que prefiere así referirse a "principios jurídicos" acogidos en varios o todos los Estados. Pero ello no es óbice ni para la aplicación de una metodología clara y precisa, con un examen escalonado de los derechos fundamentales, ni para una fundamentación más rigurosa y exhaustiva, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad. Desde luego, si la concisión de la jurisprudencia se debiese, junto a otros motivos, y como apuntan algunos autores (Meinhard Hilf, "The role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities", en Armand de Mestral (ed.), *The limitation...*, cit., p. 561), a una razón puramente "técnica" como la necesidad de traducir y publicar las sentencias en todas las lenguas oficiales de la Comunidad, ello sería tan sorprendente como criticable y, lejos de justificar la brevedad apodíctica del TJCE, la haría tanto más inadmisibles.

por el Derecho, motivadas jurídicamente en detalle, y resultado de la aplicación de técnicas jurídicas precisas no son puras decisiones, sino decisiones fundamentadas fruto de un enjuiciamiento jurídico lógico y racionalmente controlable. Ello resulta tanto más necesario en el caso de un Tribunal como el TJCE, cúspide jurisdiccional del entero orden comunitario, nada menos; y que actúa en un ámbito con escasos apoyos normativos explícitos.

Se trata con ello, en suma, de evitar en la mayor medida posible que las sentencias de los tribunales puedan aparecer ante las partes<sup>658</sup>, ante los ciudadanos comunitarios, ante los Estados (directamente afectados o no) y ante la doctrina y la jurisprudencia de los diversos países, como decisiones soberanas, y no como lo que deben ser, esto es, como decisiones fundadas rigurosamente en Derecho. Es obvio que el modo de evitarlo, conocido de siempre, es el de la motivación o argumentación jurídicas, por medio de las cuales precisamente las sentencias judiciales se invisten de la autoridad de lo justo, única autoridad de que pueden, y deben, gozar. Y ello, en el ámbito de los derechos fundamentales, ha de traducirse en la utilización de un cierto método de análisis que permita exteriorizar el proceso de examen llevado a cabo por el Tribunal. Para ello, parece bastante razonable apoyarse, sin perjuicio de atender a cualesquiera otras experiencias enriquecedoras, en la doctrina y jurisprudencia alemanas, en cuanto que son las que más desarrolladas están en este punto y también son las más influyentes en el contexto europeo. Debería distinguirse, así pues, entre el ámbito normativo de cada derecho fundamental, la intervención en los mismos, y la justificación de dicha intervención (límites de los límites). A cada uno de estos niveles nos referimos a continuación.

### III.- ÁMBITO NORMATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Recordando ideas ya expuestas en otro momento en este trabajo, digamos ahora que el ámbito normativo o "tipo" de los derechos fundamentales es el sector, frecuentemente ya conformado jurídicamente, de la realidad respecto del que opera el derecho fundamental ("pensamiento", "propiedad", "movimientos", por ejemplo) y que permite marcar el radio inicial de acción del derecho fundamental. Se trata del primer paso o nivel en el examen escalonado de los derechos fundamentales. Cuando nos hallemos ante un problema o cuestión en materia de derechos fundamentales, se deberá determinar en primer término si efectivamente existe un derecho fundamental que sea aplicable al estado de cosas o circunstancias sometidas a examen. De ser así, no se estará con ello determinando apriorísticamente que la conducta en cuestión esté protegida definitivamente por el derecho fundamental, sino sólo que el derecho fundamental cubre *a priori*, y sólo apriorísticamente, esta conducta, por lo que ésta no resulta *prima facie* encuadrable dentro de

---

658 Entiéndase, las partes ante los órganos jurisdiccionales nacionales que planteen la cuestión prejudicial.



un derecho fundamental<sup>659</sup>.

Es claro que la determinación, en particular, del ámbito normativo de cada derecho fundamental es una cuestión de interpretación de cada derecho y que, por ello, corresponde a la "parte especial" de la (hoy todavía embrionaria) dogmática comunitaria de los derechos fundamentales y, por tanto, es una cuestión a tratar al abordar cada derecho fundamental y que, ya sólo por ello, excede del objeto de esta investigación<sup>660</sup>. Pero existe al menos una cuádruple problemática general que plantea la determinación del ámbito normativo de los derechos fundamentales: a) una, común al ámbito nacional, relativa a la concepción amplia o estrecha del "tipo" o ámbito normativo de los derechos fundamentales, sobre lo que nos remitimos a lo ya dicho en la parte general de esta investigación, así como a lo que luego se verá sobre el caso alemán; y como problemáticas ya específicamente comunitarias: b) el TJCE no ha sido en general nada preciso ni riguroso a la hora de delimitar el "tipo" de cada derecho fundamental<sup>661</sup>; c) la operatividad de los derechos fundamentales

---

659 Se trata sólo de un primer escalón, que permite detener el examen iusfundamental en aquellos supuestos en que la conducta en cuestión no pueda hacerse encajar dentro del ámbito normativo del derecho fundamental. Cuando así ocurra, se tratará de una conducta no relevante en términos de derechos fundamentales. Si, por el contrario, la conducta sí que encaja dentro del ámbito normativo de algún derecho fundamental, ello sólo significa que nos hallamos ante una cuestión iusfundamentalmente relevante, pero no que la conducta esté amparada *definitivamente* por el derecho fundamental, sino que sólo lo está de modo *provisional*. Sólo en el caso de que no exista una intervención en ese derecho fundamental (segundo nivel de examen), o, existiendo, la intervención sea jurídicamente legítima (tercer nivel de examen), la protección inicial o provisional de esa conducta por el derecho fundamental se convertirá en una protección definitiva y, por consiguiente, efectiva. Ello es algo, sin embargo, que no interesa en este nivel del proceso de examen iusfundamental. Aquí sólo debe determinarse si la conducta sujeta a examen es *prima facie* siquiera encuadrable en un "tipo" iusfundamental, para, en caso negativo, paralizar el examen por tratarse de una cuestión no relevante en términos de derechos fundamentales o del concreto derecho fundamental sujeto a examen. En caso afirmativo, deberá proseguirse con el examen iusfundamental en los siguientes niveles, a los que nos referiremos enseguida.

660 Por ejemplo, el derecho de defensa no conlleva per se la obligación para los Estados miembros de permitir la estancia de un extranjero en su territorio durante el proceso siempre que se garantice suficientemente al afectado un proceso justo y una defensa plena [STJCE de 5 de marzo de 1980 (*Pecastaing*), §13], pero sí comprende este derecho la asistencia de abogado libremente elegido tanto con independencia de la gravedad de la sanción que pueda imponerse a un funcionario en un procedimiento disciplinario [STJCE de 17 de diciembre de 1981 (*Demont*)]. También comprende al derecho de confidencialidad o libre comunicación entre el abogado y los clientes (STJCE de 18 de mayo de 1982, *Australian Mining & Smelting Europe*), siempre que se trate "de correspondencia enviada en el marco y para los fines de defensa" y emane "de abogados independientes, esto es, no ligados al cliente por una relación de empleo". Es dudoso si la presunción de inocencia se extiende a las personas jurídicas [STJCE de 17 de octubre de 1989 (*Dow Chemical Iberica*), §56], y es seguro que carecen del derecho a no declarar contra sí mismas en el ámbito de las infracciones no penales de naturaleza económica.

661 Quizás uno de los derechos cuyo ámbito normativo ha sido determinado con una

exclusivamente dentro del ámbito competencial de la Comunidad Europea (por ejemplo, la tutela judicial efectiva rige sólo respecto de los derechos o intereses *comunitariamente* protegidos); y por último, d) se plantea la cuestión referida al llamado "nivel de protección" de los derechos fundamentales<sup>662</sup>.

#### IV.- LA INTERVENCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En algunas sentencias, se plantea el Tribunal de Luxemburgo si se ha producido una "intervención" en un derecho fundamental<sup>663</sup>, en otras si el derecho fundamental de que se trate ha resultado "afectado"<sup>664</sup> y en otros casos, en fin, se habla de si los derechos fundamentales son afectados por los "efectos indirectos" de una ejecución de los Tratados<sup>665</sup>.

---

mayor, pero muy relativa, precisión es el derecho a la propiedad (así, por ejemplo, ha precisado el Tribunal en la sentencia "Nold" el ámbito normativo de la propiedad en un sentido negativo: "en lo relativo a las garantías conferidas a la empresa en particular, no puede, de ninguna forma, extenderse a la protección de simples intereses o probabilidades de tipo comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la misma esencia de la actividad económica". STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §14. Ello coincide con la posición del TCFA y la doctrina dominante. Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 47.), lo que se explica en buena medida por la dimensión fundamentalmente económica que ha tenido hasta ahora la Comunidad. Pues bien, aún así, ha podido decirse respecto del derecho de propiedad, pero desde nuestra perspectiva es generalizable con mayor razón respecto a los restantes derechos en general, lo siguiente: "A pesar de que la garantía de la propiedad en un sistema de Derecho administrativo económico pertenece a los pilares básicos de la protección del ciudadano, permanecen hasta hoy en la oscuridad los criterios por los que el TJCE se deja llevar en sus decisiones. Poco más conoce el lector por medio de la lectura de la fundamentación de las decisiones que el mero resultado. Verdaderamente, no habría decidido tampoco de otro modo un tribunal constitucional nacional. Se echa de menos que no se enfrente con los argumentos en favor de la existencia de una lesión a la propiedad. Así, surge de nuevo una, posiblemente incorrecta, impresión de que el Tribunal considera la refutación de las objeciones que se refieren a una lesión del derecho fundamental como un engorroso ejercicio del deber". Christian Tomuschat, "Umweltschutz und Eigentum. Die europäische Sicht", en Fritz Ossenbühl, *Eigentumsgarantie und Umweltschutz*, 1990, p. 357.

662 Las dos últimas cuestiones enunciadas, en realidad, afectan más a las injerencias o intervenciones en los derechos fundamentales y a la justificación de las mismas, respectivamente, que al ámbito normativo y por ello serán abordadas en los dos siguientes apartados, si bien debe también indicarse que se trata de problemas que guardan cierta relación con el ámbito normativo o inicialmente protegido de los derechos fundamentales, o también con la titularidad de los derechos fundamentales. Así, en el caso *Hoechst*, el TJCE no reconoce a las empresas el derecho a la inviolabilidad del domicilio: STJCE de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*), §§17-18 (no obstante, véanse también los §§19 ss).

663 SSTJCE de 11 de julio de 1989 (*Schröder*), de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*), §19 y de 21 de febrero de 1991 (*Zuckerfabrik*), §73.

664 STJCE de 22 de octubre de 1991 (*van Deetzen*), §26.

665 STJCE de 18 de septiembre de 1986 (*Comisión v. Alemania*), §27, según la cual las consecuencias indirectas, para el individuo, de la ejecución de los Tratados no podrían afectar a los derechos de libertad orientados hacia la actividad profesional y económica.

Pero no suele haber un análisis detallado y separado sobre la existencia, o no, de una intervención.

Ejemplos de intervenciones en derechos fundamentales que podrían extraerse de la jurisprudencia son los siguientes<sup>666</sup>: a) una norma penal retroactiva; b) respecto del derecho a la vida privada: la prohibición alemana a particulares de importar medicamentos comprados y recetados en otro Estado miembro<sup>667</sup>, o la detección de anticuerpos VIH en fase avanzada, a través de un examen médico, en un aspirante a ser contratado por la Comisión que previamente se había negado a someterse a una prueba de detección del SIDA<sup>668</sup>; c) con relación al derecho de respeto a la vida familiar, es una intervención el condicionamiento por la normativa nacional a la renovación de los permisos de residencia de los miembros de la familia de los trabajadores migrantes de la Comunidad a que éstos viviesen en un alojamiento adecuado; d) respecto del derecho de defensa son intervenciones la fijación de un plazo para recurrir<sup>669</sup>, o para instruirse de los antecedentes y formular alegaciones ante el correspondiente órgano administrativo<sup>670</sup>, las irregularidades procesales<sup>671</sup> o la limitación del conocimiento de las piezas del procedimiento administrativo por el interesado o implicado<sup>672</sup>; e) es también una intervención en el derecho a la vida privada o intimidad la interceptación, vigilancia o cualquier otra forma de ruptura de la confidencialidad sobre datos personales<sup>673</sup>; f) en materia de propiedad, hay una intervención en el caso de unas exigencias diferenciadas en materia expropiatoria para nacionales y para ciudadanos comunitarios no nacionales<sup>674</sup> o en el supuesto de restricciones a la producción (cuotas en la producción siderúrgica) en el marco de una política económica<sup>675</sup>.

En otras hipótesis, se formula el Tribunal un juicio negativo acerca de la existencia de una intervención y no entra ya en el examen detallado de fondo. Así, una Decisión de la Comisión por la que se había

666 Téngase en cuenta que el TJCE no distingue con claridad entre ámbito normativo, intervención y justificación de la intervención y los ejemplos se extraen de una interpretación de su jurisprudencia que parte de la distinción de esas categorías.

667 STJCE de 8 de abril de 1992 (*Comisión/Alemania*), §§10 y 23.

668 STJCE de 5 de octubre de 1994 (*X/Comisión*), §§17-24.

669 STJCE de 1 de abril de 1987 (*Dufay*), §10.

670 STJCE de 14 de febrero de 1978 (*United Brands Company*).

671 STJCE de 13 de febrero de 1979 (*Hoffman-La Roche*).

672 STJCE de 29 de octubre de 1980 (*Van Landewyck*).

673 Sobre ello no hay jurisprudencia, aunque sí la regulación introducida por el Tratado de Amsterdam (art. 286 TCE), así como por las Directivas 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación (Directiva marco), y 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, Directiva que complementa a la anterior.

674 STJCE de 6 de noviembre de 1984 (*Fearon*), §§, con relación a la libertad de establecimiento.

675 STJCE de 9 de diciembre de 1982 (*Metallurgiki Halyps*).

considerado contrario al artículo 85.1 (actual 81) TCE un acuerdo entre editores y libreros en el que se fijaba un régimen de precios impuestos, y cuyo único objetivo era asegurar el libre comercio de los mismos entre los Estados miembros bajo condiciones de competencia normales, "no puede limitar" la libertad de publicación o de prensa, sino que la libertad, tanto a nivel del editor como de la empresa distribuidora, permanece "intacta", pues no se ha probado "una relación efectiva entre la decisión de la Comisión y la libertad de expresión"<sup>676</sup>.

En todo caso, para que cualquier medida sea enjuiciable por el TJCE se necesita la existencia de un elemento de conexión con el Derecho comunitario pues, en otro caso, el enjuiciamiento se realizará conforme al Derecho interno y por los correspondientes tribunales. Se deduce, en efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que el ámbito material del control por él ejercido se limita a las acciones normativas o administrativas comunitarias, o a las actuaciones de los Estados miembros "en el ámbito del Derecho Comunitario"<sup>677</sup>. Es meridianamente clara, en este sentido, la sentencia dictada en el asunto *ERT*<sup>678</sup>.

---

676 STJCE de 17 de enero de 1984 (*Vlaamse Boekwezen*), §§33-34.

677 STJCE de 7 de julio de 1976 (*Watson y Belmann*), §23: "En cuanto la obligación impuesta [por normas nacionales] a los residentes del Estado miembro del acuerdo de comunicar a las autoridades públicas la identidad de los extranjeros que albergan, [...] [tales normas] no pueden ser consideradas desde la perspectiva del Derecho Comunitario más que en la medida en que den lugar, indirectamente, a una restricción de la libre circulación de personas". Más recientemente, SSTJCE de 29 de mayo (*Kremzow*) y de 18 de diciembre de 1997 (*Annibaldi*): "En el estado actual del Derecho Comunitario, una normativa nacional, como la Ley regional por la que se crea un parque natural arqueológico con el fin de proteger y revalorizar el medio ambiente y los bienes culturales del territorio de que se trata, se aplica a una situación que no está regulada por el Derecho Comunitario", careciendo así el TJCE de toda competencia. Aunque debe señalarse que esta generalización a partir de ciertas decisiones, referidas sobre todo al control de medidas estatales de ejecución de reglamentos del mercado que concretizaban las libertades básicas en el ámbito agrario, aparece para un sector doctrinal como dudosa. En cualquier caso, de admitirse, tendría como consecuencia una creciente interdependencia entre el Derecho Comunitario y el nacional y la consiguientemente creciente observancia del Derecho Comunitario en la interpretación del Derecho nacional. Además, si se acepta una sistematización del control de los derechos fundamentales según niveles de intensidad reguladora, el control sería más intensivo respecto del Derecho Comunitario directamente válido que respecto de su ejecución, debiendo también observarse la subsidiariedad de la jurisprudencia del TJCE. Bengt Beutler, "Artikel F", cit., p. 118. Por otro lado, una ampliación del control a todos los actos jurídicos en el marco de la Unión parece excluida por la limitación expresa del artículo L [actual 46] TUE. Pero, según la jurisprudencia del TJCE, se someten a la jurisprudencia del Tribunal todos los actos jurídicos, es decir, actos de los órganos comunitarios que producen efectos jurídicos, independientemente de su específico fundamento jurídico en los Tratados comunitarios. Ello debería valer también para la protección de los derechos fundamentales y correspondería a la exigencia de un protección amplia de los derechos fundamentales también en la Unión. Bengt Beutler, "Artikel F", cit., p. 117.

678 "El Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, con relación al CEDH, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el

Por otro lado, a juicio de Rengeling, sería particularmente deseable que el TJCE precisara que existe una intervención afectante a un derecho fundamental no sólo en los supuestos de intervención en sentido clásico (según la doctrina alemana), sino también en las hipótesis de afectaciones fácticas (o indirectas) del derecho<sup>679</sup>. En realidad, así lo ha hecho ya el TJCE con relación al menos a las libertades básicas: también es intervención en estas libertades la medida que interviene fácticamente, sólo indirectamente, por ejemplo, un llamamiento al boicot o una huelga<sup>680</sup>. Pero, junto a esta extensión necesaria del concepto de intervención, se hace también preciso diferenciar las intervenciones, de un lado, de las meras molestias, por otro. Parece razonable que se excluyan las llamadas

---

Tribunal de Justicia, al conocer de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, tal como están expresados, en particular en el CEDH" (STJCE de 18 de junio de 1991 (*ERT*), §42) y "por el contrario, carece de competencia en el caso de una normativa nacional que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario" (STJCE de 1 de febrero de 1996 (*Perfilli*), §20). Se incluyen dentro de las medidas adoptadas en el ámbito del Derecho Comunitario no sólo las medidas de las instituciones comunitarias propiamente dichas, sino también las medidas nacionales que incorporen o ejecuten la normativa o los actos comunitarios [según el Tribunal: "las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben dichas exigencias". STJCE de 24 de marzo de 1993 (*Bostock*)], así como los actos de los Estados miembros en el ámbito de las excepciones o límites por interés general (orden público, seguridad pública, salud pública, moral pública, etc.) a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, autorizadas por el TCE. Esto último parecía aceptado por la STJCE de 28 de octubre de 1985 (*Rutili*), §32, pero se discutió a partir de la STJCE de 11 de julio de 1985 (*Cinéthèque*), §26, aunque parece definitivamente claro a partir de la STJCE de 18 de junio de 1991 (*ERT*), §§43-44. José Carlos Moitinho de Almeida, "La protección de los...", cit., pp. 112 ss. y 130. La protección de los derechos fundamentales es, de este modo, dual. Cuando se trata de medidas "nacionales" en el ámbito del Derecho Comunitario, la primacía de este último y el procedimiento de reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia obligan al juez nacional a impedir la aplicación de disposiciones nacionales incompatibles con los derechos fundamentales erigidos en principios generales del Derecho comunitario. En el caso de medidas comunitarias adoptadas por órganos comunitarios, el propio TJCE realiza el control de legalidad. Y sólo una normativa o medida nacional que no se sitúe en el ámbito del Derecho Comunitario escapa al control del TJCE (Ricardo Gosálbo Bono, "Reflexiones...", cit., p. 41). Y, en todo caso, entra en el ámbito comunitario, cualquier medida restrictiva de las libertades básicas comunitarias, que se dirigen justamente, de modo primordial, frente a los Estados miembros (Christian Koenig y Andreas Haratsch, *Europarecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 35). Con todo, la determinación concreta de qué situaciones presentan un elemento de conexión con el ordenamiento comunitario, y cuáles no, resulta bien problemática. Montserrat Pi Llorens, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 116 ss.

679 Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 220.

680 Albert Bleckmann, *Europarecht. Das Recht...*, cit., pp. 204-205.

en la doctrina alemana "intervenciones bagatela"<sup>681</sup>.

## V.- LA JUSTIFICACIÓN DE LAS INTERVENCIONES EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1.- En general

El TJCE parte, en su jurisprudencia, de que los distintos ordenamientos constitucionales de los Estados miembros garantizan unos derechos constitucionales que "lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben considerarse a la vista de la función social y de los bienes y actividades protegidos", de manera que los "derechos de este tipo no se garantizan normalmente más que a reserva de las limitaciones previstas en aras del interés público"<sup>682</sup>. Es por ello, dirá el Tribunal, que "en el ordenamiento jurídico comunitario, parece asimismo legítimo imponer, con relación a estos derechos, la aplicación de ciertos límites justificados por las finalidades de interés general, perseguidas por la Comunidad siempre que no se atente a la esencia de los mismos"<sup>683</sup> o, en otras palabras, "[...] siempre que las condiciones respondan efectivamente a los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, con respecto al bien perseguido, una intervención desmesurada e intolerable

---

681 Rengeling, por último, hace dos observaciones sobre el examen de una intervención en los derechos fundamentales: a) de un lado, hay que tener en cuenta también que los órganos comunitarios, incluido el Tribunal Europeo, tienen que respetar los derechos fundamentales "de oficio". Como norma de superior rango con relación al Derecho secundario, el actuar conforme a la Constitución comunitaria presupone que, en cuanto a la validez e interpretación, los derechos fundamentales sean tomados en consideración, especialmente, añadimos por nuestra parte, por relación a las cláusulas generales y a los conceptos jurídicos indeterminados (efecto irradiación). A nuestro modo de ver, así lo hace ya el Tribunal. Véase, por ejemplo, STJCE de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*), §12: "A la vista de esta controversia, antes de examinar la naturaleza y alcance de las facultades de verificación de que dispone la Comisión en virtud del art. 14 del Reglamento 17 [de entrada y registro], es importante poner de relieve que dicho artículo no puede ser interpretado de manera que conduzca a resultados incompatibles con los principios generales del Derecho Comunitario, y en particular, con los derechos fundamentales" (cursiva nuestra); b) el Tribunal Europeo debe tomar en consideración los derechos fundamentales y ello independientemente de si en un proceso el demandante se refiere a ellos o no. A efectos comparativos, debe observarse que el TCFA, con relación a un amparo constitucional, examina todas las lesiones de los derechos fundamentales que vengan al caso, también, por tanto, aquellos que el solicitante de amparo no ha alegado como lesionados, lo que responde, en realidad, a la doble naturaleza de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TCFA, que se corresponde, a su vez, con la concepción doble del recurso de amparo constitucional no sólo como medio de protección de posiciones jurídicas individuales, sino también como "medio específico de protección jurídica del Derecho Constitucional objetivo" [BVerfGE 45, 63 (74)]; no es examinada, sin embargo, la lesión de los derechos fundamentales de terceros. Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 220.

682 STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §14.

683 STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §14, refiriéndose a los derechos de propiedad y de libre ejercicio del comercio, del trabajo y de otras actividades profesionales.

que pudiera atentar a la sustancia del derecho así garantizado"<sup>684</sup>.

Ello supone el reconocimiento cristalino de que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que, por el contrario, son por principio limitados, si bien sus límites no son tampoco absolutos, sino que también tienen, por su parte, unas barreras infranqueables. Por consiguiente, aunque puedan establecerse límites a los derechos fundamentales, éstos habrán de aparecer justificados *desde el punto de vista del Derecho Comunitario*. Esto último merece ser aquí subrayado pues, como el propio Tribunal se ha encargado de poner de relieve, "el tema relativo a una eventual violación de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades no puede apreciarse más que en el propio marco del Derecho Comunitario. La introducción de criterios de apreciación singulares, procedentes de la legislación o del ordenamiento constitucional de un Estado miembro determinado, al suponer violación de la unidad material y eficacia del Derecho Comunitario, tendría ineluctablemente por efecto romper la unidad del Mercado Común y hacer peligrar la cohesión de la Comunidad"<sup>685</sup>, o "la unidad y eficacia del Derecho Comunitario"<sup>686</sup>. De la jurisprudencia comunitaria, se deduce que los límites últimos a toda limitación a los derechos fundamentales o, desde otro punto de vista, los criterios legitimadores de una intervención en los derechos fundamentales vienen constituidos, concretamente, por la reserva de ley, la finalidad legítima de la restricción, el respeto por la misma del principio de proporcionalidad y la no afectación, en ningún caso, del contenido esencial de los derechos. A todo ello pasamos a referirnos.

## **2.- La justificación de las intervenciones en los derechos fundamentales**

### **A) La reserva de ley**

El TJCE ha reconocido, con carácter general, en el asunto *Hoechst*, que "las intervenciones del poder público en la esfera de actuación privada de toda persona, sea física o jurídica, necesitan, en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, un fundamento legal y deben estar justificadas por causas previstas en la Ley; estos ordenamientos jurídicos prevén, por ello, si bien de diferente forma, una protección frente a las intervenciones que resultaren arbitrarias o desproporcionadas. Hay, por consiguiente, que reconocer la necesidad de

---

684 STJCE de 22 de octubre de 1991 (*Georg von Deetzen*), §28, sobre el derecho de propiedad; STJCE de 11 de julio de 1989 (*H. Schröder*), §15, sobre la libertad de profesión; STJCE de 8 de abril de 1992 (*Comisión c. Alemania*), §23, sobre el derecho a la vida privada. Véase, también, SSTJCE de 13 de julio de 1989 (*Wachauf*), §18.

685 STJCE de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*), §14.

686 STJCE de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*), §3: "el recurso a reglas o nociones jurídicas de Derecho nacional, para la apreciación de la validez de los actos dictados por las instituciones de la Comunidad, tendría por efecto atentar a la unidad y eficacia del Derecho Comunitario" y, por ello, "la validez de tales actos no podría apreciarse más que en función del Derecho Comunitario".

una tal protección como principio general del Derecho Comunitario<sup>687</sup>. Por ello, toda intervención en un derecho fundamental, para resultar legítima conforme al Derecho Comunitario, debe estar "prevista por la ley". Ello se reconoce también en la Declaración del Parlamento Europeo sobre derechos y libertades fundamentales, carente de todo valor normativo y cuyo artículo 26 dice así: "Los derechos y libertades enumerados en la presente Declaración sólo podrán ser restringidos [...] por una ley". Y de manera análoga, también sin carácter jurídicamente vinculante, el art. 50.1 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* prescribe que "cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley" (frente a la referencia más ambigua a la autoridad legislativa que hacía el Anteproyecto de Carta). Aun sentada esta doctrina, la problemática de la reserva de ley sigue abierta en un varios frentes: a) Por un lado, parece claro que el concepto de "ley" ha de entenderse referido, fundamentalmente, a los "Reglamentos" comunitarios<sup>688</sup> en el ámbito en que operan los derechos fundamentales comunitarios, que es el de las competencias de la Comunidad (no, por ejemplo, en materia penal)<sup>689</sup>; b) En segundo lugar, resulta ya más discutible si pueden incluirse en el concepto comunitario de ley a estos efectos las Directivas, pues no son normas de efecto directo como los Reglamentos, sino "de resultado", obligan al Estado a lograr un resultado, quedando a su entera libertad la elección de la "forma y los medios" de lograrlo (artículo 249 TCE), por lo que habrá que estar más bien a la naturaleza legal o reglamentaria de las normas nacionales<sup>690</sup>; c) En tercer lugar, cuando se trate de restricciones a

687 STJCE de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*).

688 Por ejemplo, STJCE de 26 de junio de 1980 (*National Panasonic*), §20. Cfr. Michael Sachs en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 290: EL TJCE parte la mayoría de las veces no de una reserva en favor del Legislativo, sino simplemente de la limitabilidad de ciertos derechos fundamentales sin referirse a los requisitos formales para una restricción admisible de los mismos. En los casos en los cuales según los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros y según el CEDH es admisible una restricción de un derecho fundamental sólo con base en una ley, parte el Tribunal, sin enfrentarse a la cuestión de la necesaria legitimación democrática de la elaboración normativa, tácitamente de que un Reglamento cubre la reserva de ley en el sentido del Derecho Comunitario, a pesar de no ser aprobada por el Parlamento Europeo.

689 El hecho de que los límites vengan impuestos por un Reglamento comunitario, como equiparado a una "Ley" estatal, era quizás la única solución posible, pero no por ello deja de ser criticable a la vista de los órganos que aprueban y el procedimiento de elaboración de estas normas, que no son equiparables, desde la perspectiva de la legitimación democrática, al procedimiento legislativo de ninguno de los Estados miembros. Resulta poco satisfactorio, desde nuestro punto de vista, que se entiendan por "leyes" en el ámbito comunitario normas que, por no ser aprobadas o siquiera convalidadas por el Parlamento Europeo, nunca serían consideradas como "ley" en sentido formal en el ámbito interno de ninguno de los Estados miembros, ni siquiera cuando se trate de reglamentos aprobados por el "procedimiento de codecisión" Comisión/Parlamento Europeo del artículo 251 TCE. Hay que reconocer, sin embargo, que esta situación no podrá ser corregida en un futuro inmediato.

690 No obstante, debe tenerse presente que, cuando son claras y detalladas, las Directivas pueden generar derechos aun sin estar traspuestas al Derecho interno y, por



los derechos fundamentales por normas nacionales, la exigencia de la previsión por "ley" será una cuestión a resolver conforme al Derecho interno, aunque habrá de determinarse el alcance exacto de la reserva de ley y el grado admisible de colaboración reglamentaria, que habrá sin duda de ser variable en función de circunstancias diversas<sup>691</sup>; d) En cuarto lugar, y en cuanto al principio de legalidad penal, es claro que no ha podido pronunciarse el Tribunal de Luxemburgo al respecto por carecer absolutamente la CE de competencias en este terreno. Sin embargo, sí que ha tenido ocasión el Tribunal de realizar una interpretación extensiva o material de aquel principio en el sentido de que "una sanción, incluso de carácter no penal, no puede infligirse más que si reposa en una base legal clara y no ambigua", lo cual supone exigir no sólo que exista una ley que prevea la sanción, sino exigir una determinada calidad a esa ley sancionadora, que habrá de ser clara y precisa<sup>692</sup>.

## B) Finalidad legítima de la restricción

De la jurisprudencia comunitaria se deduce que cualquier restricción a un derecho fundamental puede justificarse por tres tipos de finalidades generales: el respeto a la llamada "función social" de un derecho<sup>693</sup>, a los "objetivos y estructura de la Comunidad" y a los "intereses

---

otro lado, durante el lapso previo a su integración o transposición existe una obligación a cargo de los Estados de abstenerse de adoptar medidas que comprometan los objetivos de aquella. Por otra parte, las Directivas (cuya aprobación corresponde por regla general al Consejo, si bien éste puede delegar en la Comisión o prever el TCE expresamente la competencia de ésta) se diferencian de los Reglamentos en que pueden dirigirse a todos los Estados miembros o sólo a uno o varios de ellos.

691 Las normas nacionales pueden restringir derechos fundamentales "comunitarios" dentro del ámbito Comunitario mediante la adaptación y ejecución de la normativa comunitaria, pero también pueden hacerlo más allá de ese ámbito en cuanto que incidan sobre situaciones regidas por el Derecho Comunitario, especialmente en las libertades básicas. Por ejemplo, la regulación de un Código o Ley Procesal Penal según la cual las víctimas de agresiones que han sufrido un daño corporal y no pueden percibir una indemnización por otra vía podrán recibir del Estado una indemnización si son franceses, extranjeros con permiso de residencia o nacionales de un Estado que hayan celebrado con ese Estado un acuerdo de reciprocidad. Aunque la legislación penal o procesal penal sea de la competencia de los Estados miembros, dichas "disposiciones legislativas no pueden, en efecto, producir una discriminación respecto de personas a las que el Derecho Comunitario atribuye el derecho a la igualdad de trato, ni restringir las libertades básicas garantizadas por el Derecho Comunitario" (STJCE de 2 de febrero de 1989, *Cowan*, §19). La regulación cuestionada se estimó, por ello, que constituía una discriminación por razón de nacionalidad con respecto a la libertad básica de circulación.

692 SSTJCE de 25 de septiembre de 1984 (*Könecke*), §22 y de 18 de noviembre de 1987 (*Maizena*), §15.

693 Este límite opera, sobre todo, respecto del derecho a la propiedad y de la libertad de profesión: "En todos los Estados miembros numerosos actos legislativos han dado una expresión concreta a esta función social del derecho de propiedad. Así, en todos los Estados miembros se pueden encontrar legislaciones sobre la economía agrícola y forestal, el régimen de las aguas, la protección del medio natural, la ordenación del territorio y el urbanismo, que contienen restricciones, a veces sensibles, al uso de los

públicos", ya sean los generales o los de la Comunidad. Se trata sólo de tres causas generales habilitadoras de limitaciones a los derechos fundamentales<sup>694</sup>, pero que, aunque no siempre ocurra así en la jurisprudencia del TJCE, deben tener operatividad sólo en la medida en que se concreten en objetivos, principios o valores determinados, lo que guarda estrecha relación ya con el examen de la proporcionalidad a que nos referiremos en el apartado siguiente.

Lo que debe ser aquí destacado es que, aunque el TJCE se refiera a las mencionadas tres finalidades o causas generales habilitadoras de restricciones a los derechos fundamentales, lo cierto es que no proporciona su jurisprudencia ningún tipo de criterios racionales para distinguir cuando una limitación opera en atención a la "función social" del derecho, cuando lo hace en defensa de un "interés general" y cuando, en fin, lo hace en atención a la "estructura y objetivos" comunitarios. Es, por ello, aquí exigible una mayor precisión y previsibilidad, que permita saber qué importancia y alcance corresponde a cada una de las causas generales de habilitación de limitaciones a los derechos fundamentales y diferenciar unas de otras. También debe aclararse al respecto en qué medida se diferencian las restricciones a los derechos fundamentales de las de las libertades básicas.

Una problemática muy especial plantea la causa general habilitadora de restricciones a los derechos fundamentales que se deriva de la inserción de los derechos en la "estructura y objetivos" comunitarios. Fue en el caso *Internationale Handelgesellschaft* la primera vez que habló el TJCE de que la garantía de los derechos fundamentales se debe insertar "en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad"<sup>695</sup>. Y en el caso *Nold* se dice que, "en el ordenamiento comunitario, parece además legítimo imponer, con relación a estos derechos, la aplicación de ciertos límites justificados por las finalidades de interés general, perseguidas por la Comunidad, siempre que no se atente a la esencia de los mismos"<sup>696</sup>. Es la cuestión de los límites específicamente comunitarios a los derechos fundamentales o la que algún sector de la doctrina alemana llama "reserva comunitaria" general. La cuestión de fondo que aquí se suscita es la de determinar exactamente cuáles son esos intereses, cuáles son las "estructuras y objetivos" comunitarios que pueden conducir a una restricción de los derechos fundamentales. Ello requiere imperiosamente

bienes raíces". STJCE de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*), §20.

694 Conforme al art. 52.1 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea*: "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás". Se suprime, respecto del anteproyecto, la referencia complementaria a "otros intereses legítimos en una sociedad democrática" como fuente de limitaciones.

695 STJCE de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelgesellschaft*), §4.

696 STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §14.

ser precisado pues, de otro modo, como Rengeling advierte, es grande el riesgo de que los derechos fundamentales puedan hallar sus límites en estructuras y valores puramente "fácticos", pero no jurídico-constitucionales<sup>697</sup>.

El problema estriba en que, como la doctrina destaca, no se ha logrado hasta ahora sistematizar de un modo completo o acabado la escala de los objetivos o valores políticos que inspiran el TCE<sup>698</sup>, aunque desde luego no es necesario destacar la gran importancia que, a estos efectos, reviste el artículo 2 TCE<sup>699</sup>. Pero no son sólo los objetivos que dicho precepto enuncia los que podrían, en línea de principio, justificar una restricción de un derecho fundamental, sino también otros, si bien debe propugnarse que sólo otros concretos bienes protegidos por los Tratados con rango "constitucional" puedan justificar restricciones a los derechos fundamentales, de manera que no siempre un "interés general" pueda legitimar una restricción a los derechos fundamentales. De lo contrario, se correrá el riesgo de legitimar cualquier restricción a un derecho fundamental que se presente bajo el manto engañoso del interés general o fórmulas análogas<sup>700</sup>. Entre los bienes "constitucionales" deben entenderse comprendidos los derechos fundamentales de los demás, reconocidos como principios generales del Derecho Comunitario (art. 6 TUE). Sobre la base de este último artículo, se justifica e impone una atención particular al CEDH, que ha de llevar a enjuiciar la "necesidad en una sociedad democrática" de cualquier bien que pretenda potencialmente limitar un

697 Esta es también la tesis de Rengeling, si bien habla de límites "inmanentes", terminología propia de la doctrina alemana que puede inducir a cierta confusión y debe evitarse. Más bien lo que ocurre, a nuestro modo de ver, es que estamos ante límites "implícitos", algo totalmente inevitable respecto de un conjunto de derechos que, en la mayor parte de los casos, no son derechos "escritos", sino derechos reconocidos sólo jurisprudencialmente a través de los principios generales del Derecho, por lo que difícilmente podrían tener ninguna regulación expresa de sus límites.

698 Albert Bleckmann, *Europarecht. Das Recht...*, cit., p. 198; Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 216.

699 Este precepto dice: "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros". Y el artículo 235 establece que "cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes". Pero, naturalmente, otros preceptos pueden tener también relevancia para fijar objetivos comunitarios que justifiquen restricciones.

700 Esta es, en lo esencial, la postura de Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 216.

derecho fundamental<sup>701</sup>.

Por otro lado, hay que precisar que la existencia de unos "límites específicamente comunitarios", resultado de la inserción de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, no sólo no excluye la existencia de otros límites, sino que justamente presupone la existencia de otros límites no específicamente comunitarios, pero que sí resultan comunitariamente justificados. La cuestión está en si se pueden admitir también, por así decirlo, límites específicamente nacionales a los derechos fundamentales comunitarios, como defiende algún sector doctrinal<sup>702</sup>, lo que, a nuestro juicio, no resulta admisible, sino que debe

---

701 Un problema especial se plantea por el hecho de que "los objetivos y estructuras de la Comunidad" necesitan aclaración no sólo en cuanto a su anclaje constitucional, sino también en cuanto a sus contornos y basta leer el citado artículo 2 TCE para comprenderlo fácilmente. Ello es así especialmente con relación a aquellas regulaciones del TCE formuladas de un modo extraordinariamente amplio. Aquí se sugiere por la doctrina acudir al principio de concordancia práctica, elaborado en la doctrina alemana y al que aludiremos en otros capítulos y, a nuestro modo de ver, también aquí es de gran importancia seguir minuciosamente la jurisprudencia del TEDH, que debería respetarse. En especial, y como Rengeling una vez más destaca, debe determinarse el juego de los "contraderechos" en caso de concurrencia o colisión de varios derechos fundamentales comunitarios, aunque ello presupone desde luego una delimitación previa del ámbito normativo de cada derecho. Ver Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., pp. 217 y 235. El Tribunal no se ha pronunciado hasta ahora expresamente sobre las relaciones de los derechos fundamentales unos con otros ni ha aclarado en qué medida la libertad general de acción por él reconocida es aplicable frente a los restantes derechos fundamentales que la concretan. La libertad de profesión y la propiedad son examinadas con frecuencia en paralelo y a este respecto la propiedad es examinada con prioridad. La posibilidad de colisión de derechos fundamentales se incrementaría si se aceptasen las libertades básicas como derechos fundamentales. Bengt Beutler, "Artikel F", cit., pp. 57-58.

702 Así, Bleckmann dice que "puesto que a los derechos fundamentales europeos no se les puede reconocer primacía *a priori* sobre el Derecho primario, y los derechos fundamentales europeos pueden ser empleados a lo sumo para la interpretación de los tratados fundacionales, en principio está autorizada cualquier restricción de un derecho fundamental europeo, creado por la comparación jurídica, si los Tratados europeos prescriben a los órganos europeos una determinada conducta o un determinado objetivo que sólo puede ser logrado de un determinado modo [...] Ello vale también si la conducta prevista concretamente por los Tratados de la Comunidad Europea debe realizarse *por los Estados*. Sobre ello debe tenerse en cuenta que, con relación a la restricción de los derechos fundamentales europeos deben observarse no sólo los intereses europeos anclados en los Tratados, *sino también los intereses estatales, que no tienen anclaje en el TCE y posiblemente tampoco son comunes a todos los Estados*. Porque las reglas europeas reemplazan considerablemente a las leyes estatales. Si la CEE por razones de competencia, en el marco de la igualación jurídica del artículo 100 TCE, no pudiese proteger los intereses estatales no regulados en el TCE, los intereses estatales serían asegurados en el Derecho europeo de un modo totalmente insuficiente. Pero la necesidad de observancia de los intereses estatales es reconocida especialmente en los artículos 36 y 46 TCE [actualmente, véanse artículos 30, 39.3, 46, 55 y 58]. La teoría de los derechos fundamentales europeos no puede, pues, ser desarrollada en el sentido de que únicamente pueda recurrirse a la restricción de los intereses privados protegidos por las Constituciones nacionales o por el TCE en función de intereses públicos que estén anclados en los Tratados fundacionales europeos" (cursiva nuestra). Ver Albert

entenderse, por el contrario, que no caben causas habilitadoras de limitaciones que no encuentren un anclaje en los Tratados constitutivos, pues de lo contrario se haría operar a los derechos fundamentales como factores de disgregación más que de integración, y se pondría en peligro el proceso de unificación<sup>703</sup>, que ha de ser necesariamente una unificación también en los derechos fundamentales<sup>704</sup>.

---

Bleckmann, "Zur Entwicklung europäischer Grundrechte", en su libro recopilatorio *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986 [trabajo publicado originariamente, por separado, en el *Deutsches Verwaltungsblatt*, Heft 13, 1978], p. 218.

703 Ello tiene lugar no sólo a través de un régimen unitario de derechos fundamentales en el ámbito comunitario, sino también en la medida en que los tribunales nacionales tenderán crecientemente a observar los standards comunitarios incluso en asuntos que no tengan que ver con el Derecho Comunitario. Jochen Abr. Frowein, "Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe", en Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph Weiler (eds.), *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, vol. 1 (Methods, Tools and Institutions), Book 3 (*Forces and Potential for a European Identity*), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986, p. 302.

704 Por ello, a nuestro modo de ver, no resulta extrapolable a los derechos fundamentales el papel que a los Estados miembros se concede para fijar límites "nacionales" (por razón de orden público, seguridad y salud públicas) a las libertades básicas de circulación de personas, servicios y capitales (véase, por ejemplo, Por ejemplo: "Las circunstancias específicas que podrían justificar el recurso al concepto de orden público [como límite de la libertad de circulación] pueden variar de un país a otro y de una época a otra, lo que determina que hay que reconocer, en este sentido, a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado". STJCE de 4 de diciembre de 1974 (*Van Duyn*), §18), pues en estos casos de lo que se trata es de acabar con las restricciones a la libre circulación existentes entre los Estados miembros y normales entre Estados distintos y ello como medio fundamental de integración política de dichos Estados en una unidad supranacional, y es por ello que, sólo de manera excepcional, se admite mantener alguna de esas restricciones nacionales. En el caso de los derechos fundamentales, que operan sólo en el ámbito del Derecho Comunitario (a diferencia de las libertades básicas que operan frente a los Estados miembros), se trata de garantizar el respeto a la dignidad humana (de la que los derechos fundamentales son plasmación concreta) en el seno de un único ordenamiento, por lo que sería contrario a la unidad de éste, y a la integración europea, consentir restricciones diversas en atención a los intereses de cada Estado, intereses nacionales específicos que no pueden tener como tales, en términos generales, ningún juego propio respecto de los derechos fundamentales del ámbito comunitario. Entiéndase nuestra postura sin perjuicio, primero, de que los límites comunitariamente admisibles no tengan siempre, aunque sí en ocasiones, que ser límites efectivos (ni con el mismo alcance) en todo el ámbito comunitario, sino sólo un estándar mínimo susceptible de ser mejorado (Un buen ejemplo sería STJCE de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*), §§33-35), además de que, en segundo lugar, algunos límites pueden operar de hecho de un modo distinto en un país que en otro pero no porque existan "límites nacionales específicos", sino por la concurrencia en un territorio determinado y no en otro u otros de las circunstancias que habilitan un límite (comunitario) a un derecho fundamental (ciertos límites a la inviolabilidad domiciliaria en países o territorios donde actúan grupos terroristas y en otros donde no lo hacen, por ejemplo), lo que habrá de ponderarse en el marco del examen de la proporcionalidad, reconociendo al respecto acaso un cierto "margen nacional de apreciación", como ocurre en el sistema del CEDH.

### C) El principio de proporcionalidad

El TJCE considera que, dado que "en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros" se prohíben las intervenciones en los derechos fundamentales que resulten "arbitrarias y desproporcionadas", puede considerarse que ello es un principio general del Derecho Comunitario. Se trata del principio de proporcionalidad, principio que, tomado del Derecho alemán (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) aunque existente en los ordenamientos de otros Estados miembros<sup>705</sup>, que exige que cualesquiera medidas interventoras en un derecho fundamental "no constituyan, con respecto al bien perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que pudiera atentar a la sustancia del derecho así garantizado"<sup>706</sup>. Sobre este principio de proporcionalidad pueden hacerse varias observaciones:

1.- Se trata de una manifestación de un principio general del ordenamiento comunitario<sup>707</sup> (principio de proporcionalidad o prohibición de exceso), que encuentra una particular aplicación en materia de derechos fundamentales y, en concreto, de límites a los mismos, como criterio para determinar su admisibilidad desde el punto de vista del ordenamiento comunitario. Este principio conlleva la realización de ponderaciones entre el derecho fundamental y las razones eventualmente justificativas de una restricción al mismo e incluye el examen de la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

2. El examen de proporcionalidad debe efectuarse atendiendo al caso concreto, no apriorística o abstractamente<sup>708</sup>. A juicio de algún sector doctrinal no existe ninguna primacía básica de partida de los derechos fundamentales respecto de otros objetivos de los Tratados ni a la inversa, una primacía de los últimos sobre los primeros. En particular, se afirma que el principio *in dubio pro libertate* no debe ser aquí mal

---

705 Según Moitinho, "la remisión al ordenamiento jurídico alemán parece que fue debida al hecho de que el respeto del citado principio había sido suscitado en cuestiones prejudiciales procedentes de Alemania". José Carlos Moitinho de Almeida, "La protección de los derechos fundamentales...", cit., p. 119, n. 115. Al margen de ello, creemos que también debió de tener un peso decisivo el importante grado de desarrollo, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, que ese principio tenía ya, y sigue teniendo hoy, en Alemania, como una técnica precisa, desarrollo probablemente no comparable al de ningún otro ordenamiento.

706 STJCE de 22 de octubre de 1991 (*Georg von Deetzen*), §28. La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* consagra este principio en su art. 52.1.

707 Véase, desde esta perspectiva más general, entre una abundante literatura, Hans Kutscher, "Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften", en *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im europäischen Rechtsordnungen*, C.F.Müller, Heidelberg, 1985, pp. 89 ss; y Nicholas Emilou, *The Principle of Proportionality in European Law. A comparative Study*, Kluwer Law International, London/The Hague/Boston, 1996.

708 STJCE de 6 de marzo de 2001 (*Connolly*), §§56 ss. (atención al "conjunto de circunstancias del caso" y de las repercusiones de la libertad de expresión sobre el objetivo legítimo protegido por la injerencia *sub judice* en la misma, ponderación de "los diferentes intereses en juego").

interpretado<sup>709</sup>. Este criterio no puede, sin embargo, compartirse, por entender que sí que debe existir una primacía básica de partida en favor de los derechos fundamentales, primacía de partida o *prima facie* que exige una interpretación restrictiva tanto respecto a los principios, valores y objetivos que pueden justificar una limitación a un derecho fundamental, como también respecto al alcance de los mismos como criterios justificativos de una limitación a un derecho fundamental (interpretación *restrictiva* de la admisibilidad y del alcance de las *restricciones* a los derechos fundamentales). Así ha venido a reconocerlo el TJCE, que en el reciente asunto *Connolly* dice que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a limitaciones, no obstante lo cual “estas limitaciones deben ser siempre objeto de interpretación restrictiva”<sup>710</sup>. También cabe la posibilidad de admitir la existencia de algunas “libertades preferidas” o *preferred freedoms*, especialmente la libertad de expresión<sup>711</sup>, lo que tendría su importancia con ocasión de la ponderación de las mismas no sólo respecto de otros principios o criterios limitadores en general sino incluso, y ya de entrada, respecto de otros derechos o libertades fundamentales (no “preferidas”), pero ha de tratarse en cualquier caso siempre de una primacía débil<sup>712</sup>.

---

709 Nada de ello resulta alterado, según Rengeling, por la Declaración de derechos y libertades fundamentales del Parlamento Europeo (1989), como su artículo 27 pondría de manifiesto: “Ninguna de las disposiciones de la presente Declaración se podrá interpretar en el sentido de limitar la protección ofrecida por el Derecho Comunitario, el Derecho de los Estados miembros, el Derecho Internacional y los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos y libertades fundamentales, ni de oponerse a su desarrollo”. Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 219. Pero, desde nuestro punto de vista, esta Declaración, que por otra parte carece de todo valor normativo, no impide dotar a los derechos fundamentales de una primacía básica de partida.

710 Algo completamente distinto es que luego el Tribunal no sea, en la aplicación práctica de esta doctrina, coherente con sus propios postulados y, así, en la misma sentencia señala que en la ponderación de los diferentes “intereses en juego” hay que “tener en cuenta *especialmente* la gravedad del perjuicio a los intereses de las Comunidades” (cursiva nuestra), algo bien discutible, pues más bien habrá que atender *especialmente* a la posición especial que tiene la libertad de expresión cuando se refiere a la crítica a los poderes públicos. Cfr. STJCE de 6 de marzo de 2001 (*Connolly*), §§37 ss.

711 La STJCE de 6 de marzo de 2001 (*Connolly*) se hace eco de la doctrina del TEDH que concibe a la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, así como una de las condiciones primordiales para su progreso y para la realización de cada individuo (§39), pero ni destaca la especial importancia y posición que a tal libertad corresponde cuando se ejerce una crítica frente a una Administración pública (como ocurría en el caso enjuiciado) ni desde luego parece dar a la libertad de expresión el peso que le corresponde en el caso.

712 Es de destacar la especial importancia que tiene el derecho a la igualdad del hombre y la mujer en el Derecho Comunitario, explicable por su elevado contenido económico, y que es una igualdad material, que hay que “promover” (art. 2 TCE), “luchando” contra toda discriminación (art. 13 TCE), a “eliminar” en todos los ámbitos. Pero de ello no se deduce ninguna primacía débil siquiera, a nuestro modo de ver, si bien sí se legitiman medidas de discriminación positiva. Sobre ello, véase nuestro trabajo “Discriminación positiva en favor de la mujer en el Derecho Comunitario (En

3.- También en el marco de la proporcionalidad ha de criticarse el carácter conciso, escueto de las sentencias del TJCE. El Tribunal, en efecto, realiza un examen de la proporcionalidad de las medidas que apenas se explicita en el texto de las sentencias, hasta el punto de que ha podido decirse, con razón, que a veces se puede tener la sensación de que sólo se comunica el resultado de una ponderación<sup>713</sup>. Es indispensable, desde nuestro punto de vista, por razones de legitimidad del propio Tribunal y de seguridad jurídica, que el examen de proporcionalidad sea detallado y que el proceso de examen se exteriorice en el texto de las sentencias con la mayor explicitud que sea posible, señalando, en particular, los criterios y circunstancias, de hecho y de Derecho, que se valoran a la hora de enjuiciar la proporcionalidad de la medida, así como su aplicación al caso concreto de que se trate. De otro modo, la seguridad jurídica, la operatividad racionalmente controlable y el propio prestigio del Tribunal pueden verse seriamente mermados. En particular, debe seguirse muy de cerca la jurisprudencia del TEDH, tanto en el método de examen de la proporcionalidad como en los "precedentes" de ponderación que existan con relación al concreto derecho sujeto a examen. Debe, en fin, rechazarse la apelación a un genérico "interés general" o a una no menos indeterminada "función social" de los derechos o a fórmulas análogas que no se concreten luego con relación al caso sujeto a examen.

En este sentido, parece acertado distinguir entre la conveniencia o adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, tal y como se hace en el Derecho alemán y luego veremos, y ello no como pura afirmación teórica o retórica sino como método efectivo de aplicación de la proporcionalidad. Este método parece asumido<sup>714</sup> por el TJCE en alguna sentencia, si bien su aplicación rigurosa y sistemática brilla más bien por su ausencia en la jurisprudencia comunitaria. Así, en la sentencia *Schröder* se lee que las "medidas" sujetas a examen sólo podrán ser consideradas proporcionales si son "adecuadas" (examen de adecuación) y "necesarias" para el logro del fin perseguido, por lo que, si puede elegirse entre varias medidas adecuadas, deberá optarse por la que resulte menos gravosa (examen de necesidad); y tales medidas deberán, además, estar "en una relación proporcional al fin pretendido"<sup>715</sup> (examen de la proporcionalidad *stricto sensu*). En esta línea debería proseguirse, aplicando este sencillo esquema al examen de la proporcionalidad<sup>716</sup> y no aplicando simplemente

torno a la sentencia de 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII, núm. 17, octubre-diciembre 1998, pp. 333-350.

713 Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 215.

714 Así, subraya Rengeling que la aplicación que se hace en el caso *Schröder* del principio de proporcionalidad resulta parecida a la que había llevado a cabo previamente el TCFA. Hans-Werner Rengeling, *Die Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 48.

715 STJCE de 11 de julio de 1989 (*Schröder*).

716 No resulta cierto, por ello, lo sostenido por Barnes, quien al estudiar el principio de proporcionalidad en el ámbito comunitario por relación a la protección de los derechos fundamentales, sostiene que en la jurisprudencia puede deducirse la existencia de tres componentes del principio: adecuación, necesidad y



una ponderación “entre el derecho fundamental del individuo [...] y el interés legítimo” que ampara la injerencia, por lo demás con demasiada frecuencia poco explicitada, si no es que poco convincente<sup>717</sup>.

4.- El Tribunal de Justicia, al aplicar el principio de proporcionalidad, va a adoptar, en la ponderación entre el derecho fundamental y sus eventuales límites, un punto de vista exclusivamente comunitario, lo que parece que debe ser admitido en el marco de un ordenamiento autónomo<sup>718</sup>.

5.- El examen de la proporcionalidad, sin perjuicio de lo dicho acerca de la primacía básica de partida de los derechos fundamentales o de las *preferred freedoms* (que sería, de aceptarse, una primacía abstracta en ambos casos, pero sólo inicial o *prima facie*), no puede realizarse en abstracto, sino sólo en concreto. Por ello, este principio escapa, en muy

---

proporcionalidad: Javier Barnes, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”, RAP, núm. 135, septiembre-diciembre 1998, pp. 521 ss. Lo cierto es exactamente lo contrario en términos generales. Salvo alguna excepción, de la jurisprudencia del TJCE no puede extraerse la conclusión de que aplique estos tres subprincipios, sino que más bien lo que aplica es una ponderación poco explícita y mal estructurada técnicamente. Así ocurre, por ejemplo, en la STJCE de 6 de marzo de 2001 (*Connolly*), §§37 ss, donde se prescinde del juicio de adecuación y necesidad, cuando este último posiblemente habría llevado a estimar la ilegitimidad de una medida que exigía a los funcionarios comunitarios una autorización previa, que es una de las formas más intensas posibles de intervención administrativa, para publicar “cualquier texto cuyo objeto tenga relación con la actividad de las Comunidades”, si bien la autorización sólo podía denegarse cuando la publicación fuera susceptible de comprometer los intereses de la Comunidad (se trataba, por tanto, de una *censura previa* afectante a una libertad fundamental básica en un sistema democrático y concebida en unos términos amplísimos); y se aplica sólo por el TJCE una ponderación no del todo convincente ni clara. Esto es justamente lo que debe cambiar radicalmente y no tanto porque el método actual conduzca a malos resultados (que, en términos generales, no es el caso), cuanto porque es necesario no sólo que el control aplicado sea eficiente y correcto, sino que *además* ha de estar formalmente estructurado con precisión y ha de permitir conocer las razones y argumentaciones precisas que llevan a la decisión de considerar la medida proporcionada o no, lo que, a su vez, redundará cuando menos en una mayor probabilidad de acierto en la decisión, además de hacerla controlable intersubjetivamente por la a veces llamada “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, que podrán criticar no meramente el resultado alcanzado sino también las razones y argumentos aducidos, colaborando así como corresponde a la tarea común de avanzar hacia la mejor aplicación posible de esta técnica jurídica que es la proporcionalidad. La situación actual está lejos de ser ésta, pues la argumentación rigurosa y la sistemática brillan en muchos casos por su ausencia, más allá de la corrección de la solución concreta. Las sentencias no son declaraciones de voluntad, decisiones desnudas, sino aplicaciones del Derecho fundadas en razones y argumentaciones rigurosas, que son las que prestan legitimidad y autoridad a los fallos y por ello mismo el proceso argumentativo no sólo ha de existir sino que ha de hacerse explícito en la mayor medida posible y, de ser posible, de la forma más estructurada posible. Sólo cuando así se haga en la jurisprudencia del TJCE habrá adquirido el principio de proporcionalidad el carácter de una verdadera técnica jurídica en el Derecho Comunitario.

<sup>717</sup> STJCE de 6 de marzo de 2001 (*Connolly*), §48.

<sup>718</sup> Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 215.

buena medida, a todo examen teórico-abstracto y es necesario estudiarlo, más bien, con un enfoque casuístico, especialmente si se atiende a la parquedad y escasa explicitud del TJCE cuando lo aplica. Es frecuente, en este sentido, como Rengeling destaca<sup>719</sup>, que la ponderación, pese a la importancia decisiva que tiene para las partes y –añadiríamos nosotros– pese a su no menor importancia para la legitimación del Tribunal y el control intersubjetivo de sus decisiones, no se exteriorice, teniéndose así la impresión más bien de que solamente se nos informa de su resultado o poco menos<sup>720</sup>.

#### **D) El nivel de protección y de las limitaciones en el ámbito comunitario**

##### **A') Posibilidades teóricas más importantes**

Resulta obvio que la determinación del ámbito normativo es una cuestión de la interpretación de cada derecho, por lo que aquí no puede irse más allá de la indicación general de la necesidad de que el TJCE opere con esta categoría. Sí que puede, y debe, ser aquí abordada una problemática que al respecto se plantea y que es la del nivel de protección a los derechos fundamentales que ha de otorgarse en el Derecho

---

719 Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 215.

720 Un ejemplo de la aplicación del principio de proporcionalidad se daría En el caso de una persona que había prestado servicios en la Comisión en varias ocasiones y a la que, antes de ser nuevamente contratada por un período de seis meses, se le solicita que se someta a un examen médico, que incluye un examen de detección de anticuerpos VIH (SIDA), el TJCE va a sostener que el derecho fundamental al respeto de la vida privada "comprende, en particular, el derecho a mantener secreto su estado de salud". Este derecho, sin embargo, y conforme a la doctrina general, puede ser restringido por objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, pero siempre que esas medidas restrictivas del derecho no constituyan, respecto del fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma del derecho. En el caso concreto, esa restricción tendría lugar por medio del reconocimiento médico previo a la contratación, que puede exigirse por razón del "interés legítimo de las instituciones comunitarias, que deben hallarse en condiciones de realizar su misión". Pero, en cualquier caso, "el derecho al respeto de la vida privada exige respetar la negativa del interesado [al reconocimiento médico] en toda su extensión" y ante la negativa expresa del afectado a someterse a un examen de detección del SIDA, la Administración no podía realizar ningún tipo de prueba que permitiese sospechar o comprobar la existencia de dicha enfermedad, cuya revelación había rehusado aquél. Por ello, dado que la Administración detectó, a través del examen médico a que sí aceptó someterse el interesado, la presencia del virus en fase avanzada, y por ello mismo no le contrató, entiende el TJCE que el derecho al respeto de la vida privada resultó violado y anula, así, la decisión de la Comisión de no contratar al afectado, aunque desestima la pretensión en cuanto a la indemnización y se aclara que la negativa a someterse a una prueba de SIDA aunque no justifica, desde luego, que se proceda a una prueba contra la voluntad del interesado, no puede tampoco conllevar una obligación para la Administración de "soportar el riesgo de contratarlo". STJCE de 5 de octubre de 1994 (*X c. Comisión*). Véase también STJCE de 26 de junio de 1980 (*National Panasonic*), §20, STJCE de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*), STJCE de 26 de junio de 1997 (*Vereinigte Familiapress*) y STJCE de 2 de octubre de 1997 (*Saldanha*).

Comunitario<sup>721</sup>, bien sea por medio de un catálogo de derechos, bien sea, como hasta ahora, sólo por vía jurisprudencial. Este problema tendría irremisiblemente que ser solucionado al elaborar un catálogo comunitario de derechos fundamentales y ha tenido ya que ser resuelto, entretanto, por la jurisprudencia del TJCE. Las soluciones posibles para la definición del parámetro o nivel de protección de los derechos fundamentales son variadas<sup>722</sup>. Nos referimos aquí a las posibilidades más importantes:

I.- NIVEL MÁXIMO DE PROTECCIÓN: Se trataría de otorgar una protección a los derechos fundamentales equivalente, por lo menos, a la protección otorgada por el Estado miembro que conceda una mayor protección a los mismos. El criterio a seguir sería, pues, el de un máximo común denominador y atendiendo siempre a cada derecho en particular<sup>723</sup> pues la solución consistente en asumir la protección máxima *en su globalidad* otorgada por uno de los Estados miembros no resulta admisible, por razones obvias. En este sentido, Pescatore señalaba hace ya más de una década que "en el trabajo de comparación y de aproximación al que deberá dedicarse el Tribunal de Luxemburgo, será conducido por la fuerza de las cosas a admitir cada vez el estándar de protección más elevado pues difícilmente se concibe cómo el Derecho Comunitario podría conservar su autoridad si debiera descender por debajo del nivel de protección considerado como esencial para tal o cual Estado miembro"<sup>724</sup>. No obstante, dentro de este estándar de protección máxima caben varias opciones, como Bleckmann ha demostrado<sup>725</sup>.

---

721 En efecto, la fijación del llamado "nivel de protección" común, asumido por el Derecho Comunitario, en materia de derechos fundamentales es una cuestión problemática no tanto con relación a la identificación de los concretos derechos así tutelados en el ámbito comunitario, como justamente respecto de la determinación del estándar concreto de su protección, esto es, el concreto alcance de estos derechos. Ello es así porque, "aun cuando, ciertamente, determinados derechos fundamentales pueden ser reconocidos en alguno o algunos de los ordenamientos jurídicos nacionales y no en otros, las diferencias existentes a este respecto entre los Estados miembros de la Comunidad no son sustanciales, sino que, al menos en la mayoría de los casos, se deben más bien a distintas configuraciones técnicas y conceptuales de los derechos fundamentales que tienden a desvanecerse cuando se profundiza en el contenido de los derechos reconocidos". Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario y...", cit., pp. 335-336. En el mismo sentido, Diego J. Liñán Noguera y Araceli Mangas Martín, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 588 (redacción del primero de los autores citados).

722 Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., pp. 209 ss; Bengt Beutler, "Artikel F", cit., p. 116.

723 Albert Bleckmann, "Zur Entwicklung...", cit., p. 209.

724 Cit. por Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 103, n. 29.

725 En efecto, Bleckmann distingue cuatro modalidades o subsistemas dentro de este estándar máximo de protección: a) Según el primer sistema, un acto es nulo simplemente si va contra algún derecho fundamental nacional, para lo cual deberán aplicarse las Constituciones nacionales tal y como la literatura y jurisprudencia nacionales prevén. Plantea este sistema problemas metódicos sólo en cuanto que algunos Estados no conocen ningún derecho fundamental o el juez nacional no juzga los actos estatales según los derechos fundamentales constitucionales. Debe entonces el

## II.- NIVEL DE PROTECCIÓN MÍNIMO: Aquí se buscaría

juez europeo ir más allá que el juez nacional y juzgar los actos comunitarios según el parámetro de los derechos fundamentales nacionales? El sistema conduce además a una preferencia automática de la Constitución más liberal, que es lo que buscan justamente los artífices de este sistema. Pero, como Bleckmann pone de relieve, en realidad este sistema va en contra de la jurisprudencia del TJCE pues ni se desarrolla aquí un principio iusfundamental europeo general ni se basa el sistema en la tradición constitucional común; b) Según el segundo subsistema de protección máxima de los derechos fundamentales, debe compararse el régimen en bloque de cada derecho fundamental, adoptándose por el Derecho Comunitario aquel derecho fundamental nacional que, en su globalidad, otorgue al ciudadano el campo de juego más amplio para su desenvolvimiento. De este modo, podría adoptarse, a nivel europeo, la libertad de profesión según el Derecho italiano, la propiedad según el Derecho alemán, la libertad de reunión según el Derecho belga, etc. Pero también aquí nos encontramos ante un sistema que no sólo va en contra de la jurisprudencia comunitaria pues se adoptará una determinada tradición constitucional, y no una tradición constitucional *común*, sino que metódicamente parece de difícil aplicación, por dos razones: - de un lado, un determinado derecho puede ser protegido en la misma Constitución nacional por varios derechos fundamentales (propiedad y libertad de profesión, por ejemplo) o bien ser protegido en la Constitución A como derecho de propiedad y en la Constitución B como libertad de profesión, lo que dificulta notablemente la maximalización de los derechos fundamentales; - de otro lado, los derechos fundamentales, cada uno de ellos en particular, en los diferentes Estados miembros no tienen una relación como de círculos concéntricos, sino más bien la de círculos que se cortan. Por ejemplo, si la Constitución del Estado A reconoce un contenido más amplio del derecho de propiedad que la Constitución del Estado B, incluyendo también la reivindicatoria y los derechos de autor, pero al mismo tiempo permite al legislador, la Administración y la justicia intervenciones más intensas que la Constitución de B, ¿cuál de las dos Constituciones es la más liberal? ¿Y si el concepto de reunión es interpretado más ampliamente en el Estado A, pero no reconoce la *Drittwirkung* (o no la directa) ni la idea de garantía institucional? Parece que la decisión por un derecho fundamental u otro no resultaría nada fácil en la mayor parte de las ocasiones. Bleckmann, a quien estamos siguiendo, va incluso más allá y dice que "con fundamento en el principio del desenvolvimiento máximo del derecho fundamental ya no es posible una decisión entre los diferentes derechos fundamentales"; c) en tercer lugar, es posible dividir estructuralmente cada derecho fundamental y aplicar a cada uno de sus "componentes" aquella regulación nacional que resulte más optimizadora del derecho. De este modo, el alcance de la libertad de profesión se regiría posiblemente según el Derecho italiano, los límites según el Derecho francés, la *Drittwirkung* y la cuestión de la garantía institucional según el Derecho alemán. Pero tampoco este sistema conduce a un sistema basado en tradiciones constitucionales *comunes* ni, sobre todo, parece practicable. Pues si, por ejemplo, la Constitución A da a un determinado derecho un contenido o ámbito normativo (inicialmente protegido) muy amplio, pero admite también límites amplios al derecho y la Constitución B da un ámbito normativo más reducido a ese mismo derecho, pero permite también menos restricciones y de menor intensidad al derecho, en caso de que, a nivel comunitario, se asuma el contenido (amplio) de la Constitución A y los límites (estrictos) de la Constitución B, la solución será la más liberal, pero los intereses públicos pueden resultar inadmisiblemente desprotegidos; d) Según un cuarto sistema, no debe atenderse a las normas, sino al caso particular, para asumir la solución que resulte más liberal. Se trata de un sistema eminentemente casuístico que sólo permitiría una construcción general por inducción de los casos particulares y que exige una precisión y diferenciación dogmáticas muy exactas. Albert Bleckmann, "Zur Entwicklung...", cit., pp. 209 ss.

simplemente un mínimo denominador común entre los Estados miembros, correspondiendo a cada derecho la protección mínima que el conjunto de Estados miembros le brindan. También aquí podrían aplicarse, *mutatis mutandis*, los subsistemas del nivel máximo de protección. En general, este sistema ha sido rechazado por la doctrina<sup>726</sup>.

III.- NIVEL DE PROTECCIÓN INTERMEDIO: En este caso, son posibles una multiplicidad de soluciones, que se caracterizarían por otorgar una protección que no sería igual o equiparable a la protección otorgada por el Estado que dé una protección máxima a cada derecho, ni tampoco el mínimo común denominador de protección de todos los Estados. Es evidente que, aunque se señalaren algunos criterios objetivos a seguir (por ejemplo, adoptar la solución que sigan el mayor número de Estados o la que se adapte mejor, al menos, al mayor número de ordenamientos nacionales), esta solución es la que implicaría, al menos teóricamente, una mayor creatividad por parte del TJCE y, por ello mismo, generaría además un riesgo mayor de arbitrariedad, tanto más si no se estableciesen esos criterios objetivos.

#### **B') El nivel de protección efectivo en la jurisprudencia comunitaria**

Es generalmente aceptado<sup>727</sup> que, a raíz de la sentencia *Nold*, el nivel aceptado es un nivel máximo, un estándar máximo, aunque la doctrina no suele aclarar qué tipo de estándar máximo, ni tampoco lo hace, desde luego, la jurisprudencia. En efecto, en dicha sentencia el TJCE iba a sentar una doctrina de extraordinaria importancia al respecto y a la que ya nos hemos referido en un momento anterior: "Como este Tribunal de Justicia ha declarado, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho que debe respetar. Al velar por la protección de tales derechos, este Tribunal debe basarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, *de manera que no puede permitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales*

---

726 Bleckmann, respecto de la doctrina alemana, dice que la misma se ha orientado claramente en sentido contrario a la teoría del mínimo común denominador. Albert Bleckmann, *Europarecht. Das Recht...*, cit., p. 148.

727 Rudolf Streinz, *Europarecht*, C.F.Müller, Heidelberg, p. 105. Véase la doctrina que defiende que el TJCE ha asumido un "nivel máximo" de protección en José Carlos Moitinho de Almeida, "La protección de los derechos fundamentales...", cit., p. 115, n. 93. Una posición original, entre nosotros, es la Ruiz Miguel, quien entiende que el TJCE, a partir de la sentencia en el caso *National Panasonic* (de 26 de junio de 1980) viene a sostener un nivel de protección mínimo. Véase, al respecto, Carlos Ruiz Miguel, "Los derechos fundamentales en la relación...", cit., p. 1841. En realidad, en las sentencias aludidas por Ruiz Miguel no se encuentra, a nuestro modo de ver, avalada la tesis del nivel mínimo de protección, aunque tampoco se halla en las mismas recogida la tesis de la protección máxima. Pero de esto último no puede, sin embargo, en modo alguno, deducirse, como Ruiz Miguel parece hacer, que la protección comunitaria de los derechos fundamentales es de grado mínimo. La valoración de estas sentencias en el conjunto de la jurisprudencia del TJCE nos llevará, precisamente, a considerar que el nivel de protección no es ni el máximo ni el mínimo, sino uno intermedio, específicamente comunitario.

*reconocidos y garantizados por las Constituciones de esos Estados.* Los Tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados hayan cooperado o a los que se hayan adherido pueden facilitar indicaciones que es preciso tener en cuenta en el ámbito del Derecho Comunitario"<sup>728</sup> (cursiva nuestra).

De la dicción literal de la sentencia anterior parece a primera vista deducirse, y así lo ha entendido la doctrina acaso mayoritaria<sup>729</sup>, que el TJCE consagra el criterio de la protección comunitaria máxima de los derechos fundamentales, en cuanto que el TJCE se considera obligado ("debe", "no puede permitir") a inadmitir o rechazar cualesquiera medidas incompatibles con los derechos fundamentales garantizados por las Constituciones nacionales de los Estados miembros, lo que se interpreta en el sentido de que deben rechazarse todas aquellas medidas incompatibles con los derechos fundamentales garantizados por *cualquier Constitución nacional*. Es decir, la protección brindada por el Derecho Comunitario a un derecho fundamental no puede, en ningún caso, ser inferior a la que otorgue la Constitución de cualquier Estado miembro.

La idea del estándar máximo de protección encontraría, por lo demás, su consagración expresa en el artículo 27 de la Declaración del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 1989, sobre los derechos y libertades fundamentales<sup>730</sup>, y resultaría también favorecida, sólo en parte, por la reciente *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*<sup>731</sup>,

728 STJCE de 14 de mayo de 1974 (*Nold*), §13.

729 Entre otros, Ricardo Alonso García, "Derechos fundamentales y Comunidades Europeas", en *Estudios sobre la Constitución española. Libro-homenaje al profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, p. 825 y Diego López Garrido, *Libertades económicas...*, cit., p. 129.

730 Dice dicho art. 27: "Ninguna de las disposiciones de la presente disposición se podrá interpretar en el sentido de limitar la protección ofrecida por el Derecho Comunitario, el Derecho de los Estados miembros, el Derecho Internacional y los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos y libertades fundamentales, ni de oponerse a su desarrollo".

731 En parte porque, de no carecer, como carece, de todo valor normativo, cabría interpretar el art. 52.3 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* como garantía de una protección máxima *respecto del CEDH* (y no sólo "tendente" a ella, como cabía interpretar el Anteproyecto en su art. 50.3, dada la ambigüedad del término "similares" que empleaba donde ahora dice "iguales"). Prescribe el art. 52.3: "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". Es decir, no son (no serían, de tener valor normativo el precepto) admisibles, en el ámbito comunitario, restricciones a los derechos garantizados por el CEDH que vayan más allá de lo que éste último permite (según la interpretación del TEDH e incluyendo los Protocolos al CEDH, se sobreentiende), pero sí es (o sería) posible, en cambio que en el ámbito comunitario se estimen inadmisibles restricciones que no lo son en el marco del CEDH. El art. 53 de la Carta, por su parte, dice: "Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su *respectivo ámbito de aplicación*, por el Derecho de

documentos ambos que carecen, sin embargo, de todo valor normativo.

Desde nuestro punto de vista, en primer lugar, se imponen en esta materia mayores diferenciaciones y aclaraciones. En concreto, debería explicarse qué tipo de protección máxima garantiza o debe garantizar el TJCE, así como, también, el sistema a utilizar para determinar la protección mínima, pues aunque se descarte la protección mínima como protección otorgada por el Derecho comunitario, no cabe duda que su determinación, si no identifica el "contenido esencial" de los derechos que no puede ser vulnerado", al menos habrá de servir como criterio orientativo básico para su identificación a nivel europeo<sup>732</sup>. Ello no se ha hecho hasta ahora. Por otro lado, en segundo lugar, nos parece muy discutible la opinión de que el TJCE se haya decantado en favor de una protección máxima de los derechos. No creemos que sea ello lo que se desprende necesariamente de su jurisprudencia. Ni la dicción literal de la sentencia *Nold* tiene necesariamente por qué llevar a interpretar que la violación de un derecho fundamental de *cualquier* Constitución nacional de un Estado miembro es inadmisibles en el plano comunitario, ni tampoco, sobre todo, la práctica jurisprudencial previa ni ulterior del TJCE permite llegar a tal conclusión, sino todo lo contrario.

En este sentido, la sentencia *Hoechst*<sup>733</sup>, en la que el TJCE no reconoce a las empresas el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a lo que ocurría en el Derecho alemán<sup>734</sup> (y ocurriría, años más tarde, en la

la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como *por las constituciones de los Estados miembros*". El precepto, al aludir al "respectivo ámbito de aplicación", no reconoce, en cambio, un nivel máximo de protección *respecto de las respectivas constituciones nacionales*, pues desde el punto de vista comunitario no hay ninguna duda de que el ámbito de aplicación de las constituciones nacionales no es el Derecho Comunitario.

732 La perspectiva parece que habrá de ser distinta en lo que se refiere al contenido esencial que el TCFA ha exigido que se respete siempre de los derechos fundamentales que consagra la Ley Fundamental de Bonn.

733 STJCE de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*), si bien el Tribunal, por aplicación de un principio general del Derecho, entiende que cualquier intervención debe tener un fundamento legal y estar justificada en los términos fijados por la ley, excluyendo intervenciones arbitrarias o desproporcionadas (§19).

734 En efecto, aunque en la doctrina alemana es muy discutido si la inviolabilidad domiciliaria se extiende a las empresas (o por lo menos a todas ellas indiscriminadamente), el TCFA así lo declaró ya tempranamente (BVerfGE 32, 54, 68 ss; 44, 353, 371; 76, 83, 88 ss). Pese a ello, la sentencia del TJCE tuvo la precaución de evitar un nuevo conflicto del TJCE con el TCFA pues, en caso de oposición de la empresa a la entrada y registro, los agentes de la Comisión necesitarán el "concurso de las autoridades nacionales, que están obligadas a prestarles la asistencia necesaria para el cumplimiento de su tarea", correspondiendo a cada Estado regular las formas en que se presta esa asistencia, por lo que la Comisión viene obligada a respetar las garantías procedimentales previstas en el Derecho nacional, si bien el órgano nacional, sea o no judicial, "no puede sustituir, por la suya propia, la apreciación de la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas", aunque sí controlar la proporcionalidad de las medidas coercitivas acordadas respecto del objeto de la

jurisprudencia del TEDH), constituye un ejemplo elocuente de cómo la violación de un derecho fundamental en el ordenamiento interno de un Estado miembro no supone automáticamente la violación de un derecho fundamental en el ámbito comunitario. Debe tenerse, además, presente el contexto histórico en que se produce la decisión del caso *Nold*, tras la sentencia *Solange I* del TCFA, que supuso sin duda una importante presión sobre el TJCE que le obligó probablemente a resaltar, en defensa de la primacía del Derecho Comunitario frente a la posibilidad de que los tribunales constitucionales nacionales entrasen a controlar disposiciones comunitarias, que los derechos fundamentales también eran Derecho vinculante en el ámbito comunitario. Además, el TJCE ha declarado que la protección de los derechos fundamentales se garantiza sólo "en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad", lo que parece condicionar el contenido y alcance de los derechos y relativizar, de entrada, toda eventual protección máxima de los mismos.

Más bien, desde nuestro punto de vista, y en una valoración conjunta de la jurisprudencia del TJCE, lo que ocurre es que el Tribunal Comunitario se decanta por una posición favorable a un nivel intermedio de protección, elaborado a través de una "comparación valorativa" (*wertende Vergleichung*<sup>735</sup>) de los ordenamientos nacionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz, según la terminología de la jurisprudencia comunitaria, de los "objetivos y estructura comunitarios"<sup>736</sup>; o, si se prefiere la terminología y enfoque de Streinz, aplica el TJCE un *standard máximo, relativizado* (*relativierter Maximalstandard*) por la apreciación de los intereses específicos comunitarios, y con una función de control exclusivamente negativa

verificación y velar por el respeto de las garantías nacionales. STJCE de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*), §§32-35.

735 Parece ser que sigue, en este punto, el TJCE la propuesta de Heldrich y Wengler (1967), asumida por los Abogados Generales del TJCE, de una "comparación valorativa". Conforme a este método, como nos dice Bleckmann, debe en primer lugar determinarse, en el marco comparado, si las diversas soluciones de los Estados miembros expresan un determinado desarrollo de la materia jurídica afectada; el TJCE puede, entonces, asumir la solución "más moderna". Si este método no conduce a ningún resultado, habrá que determinar qué solución corresponde mejor al Derecho Comunitario, atendiendo a su diferente estructura respecto de los Estados miembros. Ello puede llevar a asumir soluciones que sólo aparecen recogidas en una parte de los Estados miembros. Debe también observarse la tradición constitucional "viva", que puede venir expresada, por ejemplo, por la posición del Parlamento Europeo, o por las Declaraciones y resoluciones de órganos comunitarios sobre derechos fundamentales. Albert Bleckmann, *Europarecht. Das Recht...*, cit., p. 149.

736 Lo que podría entenderse, según sugiere Rengeling citando a Bleckmann, en el sentido de que, en caso de divergencia entre las normas de los ordenamientos nacionales, hay que recurrir a aquel ordenamiento cuya regulación se adapta mejor a los objetivos y estructura del Derecho Comunitario. Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 228. Sin embargo, y a nuestro modo de ver, la solución no tiene porque ser la de "todo o nada" o adopción global de una regulación nacional, sino que justamente este modo flexible se caracteriza porque la solución adoptada puede ser mixta.



(incompatibilidad de la medida con un derecho fundamental de un Estado miembro), partiendo además del CEDH como estándar mínimo mejorable, lo que conduce al TJCE a resultados practicables<sup>737</sup>.

Como dice Alonso García, "el Tribunal no actúa con argumentos llamémoslos matemáticos, como la búsqueda de máximos o mínimos denominadores comunes de las soluciones nacionales; el criterio de selección descansa en las soluciones, en sentido amplio del término, mejor o más cuidadosamente elaboradas<sup>738</sup>. Y aunque decíamos antes que, en pura teoría, este nivel de protección es el que presenta mayor riesgo de arbitrariedad, especialmente cuando no se fijan criterios objetivos para determinar el grado de protección, en realidad ese riesgo existe potencialmente en cualquier caso y esta "posición intermedia valorativa", por así llamarla, presenta, en cambio, más ventajas que inconvenientes por su carácter pragmático para la construcción del Derecho Comunitario en su actual estadio de evolución (en concreto, en materia de derechos fundamentales), lo que no quiere decir que siempre sean compartibles las soluciones a que llega el Tribunal en cada caso. Y esta posición valorativa es, a nuestro juicio, la que en realidad viene siguiendo el TJCE, solución en la que debe avanzarse por medio de una mayor claridad y explicitud<sup>739</sup>.

Así lo entendió Bleckmann ya en 1978<sup>740</sup> y pensamos que así sigue siendo hoy en día, como una doctrina creciente viene, por lo demás, reconociendo. El Tribunal, en efecto, no sigue ningún tipo de fórmula automática que le lleve a fijar un nivel máximo de protección del derecho fundamental de que se trate, ni, menos todavía, a construir ese nivel máximo protector a partir de la protección máxima otorgada en los diferentes Estados miembros a cada uno de los componentes en que pueda desmembrarse el derecho (titularidad, *Drittwirkung*, límites, etc.). Como Bleckmann nos dice, "los derechos fundamentales y sus límites no son fijados al Juez [comunitario], el Juez debe, más bien, a partir del examen directo de los ordenamientos jurídicos nacionales en relación con las exigencias de las Comunidades Europeas y de los Estados miembros a través de la libre creación jurídica decidir dónde tiene que situar [verlaufen] los límites entre los intereses públicos y los privados"<sup>741</sup>.

---

737 Rudolf Streinz, *Europarecht*, cit., pp. 105 y 106. Las sentencias del TJCE no son expresión, desde luego, de una institución en cierta medida monolítica que pronuncia sus fallos de saber científico sobre la base de principios previamente concebidos y opiniones sólidamente cimentadas con la pretensión más alta de validez última, sino que más bien son resultado de un proceso muy complicado y diferente para cada caso en el cual los 15 Estados miembros representan también a diferentes ordenamientos jurídicos. Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 222.

738 Ricardo Alonso García, *Derecho Comunitario*, CEURA, Madrid, 1994, p. 604.

739 No obstante, parece difícil, por no decir imposible, que esa explicitud pueda llevarse hasta el punto de que se refleje en la sentencia el análisis de todas y cada una de las soluciones nacionales en una Comunidad de quince miembros e in crescendo, sino que deberá seguir recurriéndose a la referencia a "principios jurídicos" existentes en varios o todos los Estados miembros sin concretar en ningún ordenamiento nacional en particular, aunque el análisis podrá ser más detallado y riguroso que hasta ahora.

740 Nos referimos a Albert Bleckmann, "Zur Entwicklung...", cit., p. 215.

741 Albert Bleckmann, "Zur Entwicklung...", cit., p. 216. Ello ha sido destacado,

Se trata, pues, de un proceso jurisprudencial creativo que, en modo alguno, es extraño a las prácticas de diversos tribunales constitucionales en el ámbito de los Derechos nacionales. Es cierto que esa creatividad resulta favorecida por la ausencia de todo catálogo expreso de derechos fundamentales, pero no es una creatividad cualitativamente diversa de la de cualquier tribunal constitucional. Lejos de ello, creemos que el TJCE no ha llevado la lógica de la protección de los derechos fundamentales hasta sus últimas consecuencias. Por otro lado, esa creatividad judicial debería llevar al Tribunal al dar un carácter más explícito a sus procesos de determinación del nivel normativo de protección de cada derecho fundamental, pues, con alguna notable excepción, por lo general simplemente se comunica el resultado de la aplicación de ese método de "comparación valorativa" al derecho fundamental, sin que se plasme en la sentencia el análisis de los distintos sistemas constitucionales respecto del derecho en cuestión, ni el proceso de "valoración" de los mismos que lleva a la adopción de un determinado criterio para el Derecho comunitario.

---

también, más recientemente, por algún sector de nuestra doctrina. Así, Fernández Liesa señala: "Lo que en realidad sucede, como ha resaltado buena parte de la doctrina, es que el Tribunal ha sabido permanecer hasta el momento con las manos libres, comparando los sistemas constitucionales con bastante libertad, teniendo en cuenta las especificidades del asunto, valorando el contexto económico, social y político y adaptándose a la naturaleza y objetivos de la Comunidad, con objeto de definir un parámetro común de protección que no constituya un estándar mínimo ni un estándar máximo, sino un estándar de protección específicamente comunitario". Por su parte, el Presidente del TJCE y otros autores han destacado cómo "resulta difícil resumir en fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales seguido por el Tribunal de Justicia, entre otras razones como consecuencia del carácter frecuentemente poco explícito del discurso jurisprudencial", aunque lo que resulta claro es "que dicho parámetro no se construye sobre la base de un 'estándar mínimo común', sino que la definición del estándar comunitario de protección se realiza sobre la base de una comparación crítica y valorativa de los sistemas jurídicos nacionales –valoración que incluye, naturalmente, el examen de la jurisprudencia nacional relevante– y culmina con una opción jurisprudencial del propio Tribunal de Justicia que se gesta en el proceso dialéctico de la deliberación". También se destaca, al respecto, cómo los "derechos fundamentales reconocidos en un determinado Estado" tienen o han tenido para el TJCE una "muy particular relevancia": "En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha visto impulsado a reconocer como derechos fundamentales ciertos derechos reconocidos específicamente en la Constitución alemana" [Cfr. Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario y...", cit., pp. 336-337, n. 9, con una ejemplificación de la incidencia del Derecho alemán sobre la jurisprudencia comunitaria en la materia]. Ello se explica, a nuestro juicio, no sólo por la presión de la jurisprudencia del TCFA, sino también por el hecho de que la dogmática alemana sobre los derechos fundamentales es la más avanzada, con diferencia, en toda Europa, y su Constitución, al respecto, junto a la jurisprudencia de su TCFA y la doctrina elaborada en torno a ella, ha de constituir un punto obligado de referencia para toda construcción seria y rigurosa en materia de derechos fundamentales en Europa, sea de carácter doctrinal, sea de carácter jurisprudencial.

## E) El respeto al contenido esencial

El contenido esencial de los derechos fundamentales constituye, según la jurisprudencia del TJCE, un límite último para toda posible restricción de los mismos. El problema, sin embargo, estriba en que el TJCE no ha fijado hasta ahora qué debe entenderse por "contenido esencial" de los derechos fundamentales y, en particular, si se alude con ese concepto a un ámbito nuclear protegido de carácter absoluto o, en cambio, a un ámbito a fijar a partir de la observancia del principio de proporcionalidad y, por tanto, a un ámbito nuclear sólo relativo, aunque la jurisprudencia comunitaria parece más bien inclinada a la segunda posibilidad. Así parece, en efecto, que puede deducirse de la falta de diferenciación por el TJCE en su jurisprudencia entre el examen de la proporcionalidad de una medida y el examen acerca de la posible violación del contenido esencial del derecho fundamental, que parecen fundirse en un solo examen conjunto<sup>742</sup>.

Puede decirse, en otro orden de cosas, que si bien el TJCE ha velado por el respeto al contenido esencial de los derechos, nunca ha declarado una afectación inadmisibile del contenido esencial de un derecho fundamental, lo cual no significa que no haya garantizado una protección efectiva de los derechos fundamentales. Esto es algo que habrá que determinar más bien en cada caso particular, y desde luego alguna sentencia da bastante que pensar al respecto<sup>743</sup>, pero en términos generales no puede afirmarse que el TJCE no haya brindado una protección efectiva<sup>744</sup>, sino que, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, en general ha logrado proteger de manera efectiva el contenido esencial de los derechos fundamentales, aun en los casos en que no utiliza ni siquiera menciona esta categoría. Por ello mismo, puede afirmarse que el contenido esencial de los derechos fundamentales equivale en la práctica, en la jurisprudencia comunitaria, al principio de proporcionalidad, con el que básicamente se identifica.

Por otro lado, y como ya hemos dicho en un momento anterior,

---

742 Por ejemplo, STJCE de 13 de diciembre de 1979 (*Hauer*), §23. Véase también, más recientemente, STJCE de 13 de abril de 2000 (*Karlsson*), §45, que cita el Presidente de la Convención que ha elaborado la reciente *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Hermann Herzog, para explicar que el art. 52.1 de la Carta lo que hace es consagrar la doctrina del TJCE. Y es también importante la STJCE de 6 de marzo de 2001 (*Connolly*), §§37 ss., en la que el TJCE examina, siguiendo de cerca la doctrina del TEDH (o, al menos, citándola, que no es lo mismo), una injerencia en la libertad de expresión y enjuicia su legitimidad prescindiendo, pura y simplemente, de la categoría del contenido esencial, curiosamente después de haberse consagrado en la referida *Carta*, a la que no se cita por lo demás. No cabe duda que el contenido esencial no es, pues, en la jurisprudencia del TJCE un *tertium genus* respecto del principio de proporcionalidad. Sigue siendo un excelente estudio del contenido esencial el de Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., pp. 266-270, quien subraya que junto a la jurisprudencia que habla abiertamente de contenido esencial de los derechos fundamentales hay otra jurisprudencia "encubierta" del contenido esencial

743 STJCE de 21 de septiembre de 1989 (*Hoechst*), ya comentada.

744 Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 214.

incluso aunque se rechace, como doctrina prácticamente unánime hace, la concepción minimalista del nivel de protección de los derechos fundamentales, es importante, en todo caso, la determinación del nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales porque es posible que, cuando se sobrepase ese umbral, se esté entrando ya en el contenido esencial del derecho fundamental, límite de toda restricción a los derechos fundamentales según la jurisprudencia del TJCE y según la propia Declaración del Parlamento Europeo de 1989, cuyo artículo 26 exige que, en todo caso, el "contenido esencial de los derechos y libertades permanezca intacto", bien es cierto que sin vinculatoriedad jurídica alguna. La más reciente Declaración de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, carente por igual de valor normativo, en su versión de anteproyecto consagraba el principio de proporcionalidad, pero prescindía por entero de la categoría del contenido esencial. Sin embargo, la versión definitiva del Proyecto, finalmente aprobado, estipula que "cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá [...] respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades"<sup>745</sup>.

#### F) La densidad del control judicial

Como Rengeling ha destacado, esta cuestión de la llamada "densidad de control judicial" (*gerichtliche Kontrolldichte*) se plantea especialmente con relación a las restricciones a los derechos fundamentales, para determinar hasta dónde alcanza la densidad de control judicial del TJCE, con relación, por ejemplo, a la proporcionalidad de una restricción a los derechos fundamentales. Sobre la cuestión de si existe un "campo libre de juego" con relación al enjuiciamiento, por ejemplo, de los parámetros de la "proporcionalidad", la "adecuación" y la "necesidad" de las medidas restrictivas, ha de responderse, como en el Derecho alemán, afirmativamente, planteándose sólo la cuestión de dónde deben ponerse los límites a ese campo de juego de que dispone el TJCE en su control<sup>746</sup>, lo cual no es una cuestión de menor importancia, como

---

<sup>745</sup> No resulta claro, sin embargo, si se consagra una concepción absoluta o relativa del contenido esencial, pues a continuación se dice que: "Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás". No resulta claro si ello es un criterio adicional de control o una concreción de lo que ha de entenderse por contenido esencial, aunque más bien parece lo segundo. La referencia, por otra parte, al contenido esencial de los "derechos", en plural, deja pie a su interpretación en clave objetiva. Para las teorías subjetivas y objetivas, absolutas y relativas, del contenido esencial nos remitimos a lo que exponemos en el capítulo sobre el Derecho alemán.

<sup>746</sup> Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 221. Así por ejemplo, respecto del derecho o principio de igualdad, el control será tanto más intenso cuanto más afecte el trato diferenciador a rasgos "sospechosos" (edad, sexo), teniendo en cambio menor incidencia en la intensidad del control el que se trate de la aplicación del principio general de igualdad o de alguna de las prohibiciones especiales de

Rengeling destaca, pues la intensidad del control judicial nos indicará con qué grado de efectividad se lleva a cabo la protección de los derechos fundamentales<sup>747</sup>. También deberá precisarse si en la aplicación del principio de proporcionalidad gozan las Instituciones y los Estados miembros de un margen de discrecionalidad o no, y cuál es, en su caso, su exacto alcance y, de ser variable, cuáles son los factores en función de los cuales varía.

## **VI. LA INSERCIÓN DE ESPAÑA EN EL CONSEJO DE EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA. PROBLEMAS EN TORNO A LA COORDINACIÓN DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS ESFERAS NACIONAL, COMUNITARIA Y DEL CEDH**

Los quince Estados miembros, actualmente, de la UE forman también parte del Consejo de Europa, lo que plantea el problema de la dualidad protectora en materia de derechos fundamentales de ambos sistemas con relación a aquellos Estados. Aunque en el marco de la Unión Europea se haya acentuado hasta ahora, por razones ligadas a su propia naturaleza, la protección de los derechos económicos y sociales, mientras que en el Consejo de Europa se haya incidido sobre todo en los derechos civiles y políticos, lo cierto es que no constituyen ambos sistemas compartimentos estancos, sino que tienen importantes zonas de intersección, pues también en el sistema del Consejo de Europa se protegen derechos sociales (CSE) y en el sistema comunitario se protegen asimismo derechos civiles y políticos y esta tendencia se agudizará más, sin duda, a medida que aumenten las competencias comunitaria.

Y existe dualidad entre ambos sistemas con relación a los Estados miembros del Consejo de Europa y de la UE, porque no existe ningún tipo de regla que los coordine y, muy en particular, que coordine la actuación jurisdiccional del TEDH y el TJCE. Es verdad que la relación de colaboración entre los órganos del CEDH y el TJCE ha permitido, a partir de un ejercicio prudente de su actividad jurisdiccional en este campo, evitar al máximo las fricciones. Pero no cabe duda que, con todo, estas han existido<sup>748</sup> y, sobre todo, que permanece siempre abierta la posibilidad de

---

discriminación. Christian Koenig und Andreas Haratsch, *Europarecht*, cit., pp. 253-254.

747 Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der...*, cit., p. 235.

748 En concreto, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha rechazado en muchos casos entrar a conocer, desde el punto de vista del CEDH, de asuntos en los que, de uno u otro modo, se veía implicada la CE, basándose para ello en la inadmisibilidad *ratione personae* (así, en la Decisión de 10 de julio de 1978, se inadmitió una queja por violación de los artículos 11 (libertad de asociación), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (no discriminación) CEDH en cuanto que la Comunidad no era parte contratante) o *ratione materiae* o en un motivo tan genérico como el de estar manifiestamente mal fundadas las demandas. Sin embargo, en el caso *M. & Co.*, de 9 de febrero de 1990, afirmará la Comisión que "la transferencia de poderes a una Organización Internacional [CE] no es incompatible con la Convención a condición de que, en esta Organización, los derechos fundamentales reciban una protección equivalente". Tras ello, no obstante, declara la Comisión que esa equivalencia se da en

que las mismas existan y, además, con gran intensidad, pese a los esfuerzos del TEDH y el TJCE por evitarlas<sup>749</sup>.

la CE con respecto al CEDH, y se declara incompetente *ratione materiae*. Y en la Decisión de 19 de enero de 1989, la Comisión, aunque no entra en el fondo del asunto por no haberse agotado la vía jurisdiccional interna, se refiere a la "eventualidad" de que un acto de un órgano comunitario pudiera ser "susceptible de comprometer la responsabilidad" de cada uno de los Estados miembros de la CEE en el terreno del CEDH. En otros casos, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha venido a aplicar e interpretar Derecho Comunitario (Directivas o Reglamentos) y hasta la jurisprudencia del TJCE, algo que desde luego resulta dudosamente admisible, cuando menos, desde la perspectiva del Derecho Comunitario, aunque no lo fuere desde la perspectiva del CEDH. Cfr. Decisiones en los casos "Caprino", de 3 de marzo de 1978, y "Procola", de 1 de julio de 1993. En el primero de los casos, por lo demás, la Comisión se basa en una determinada interpretación del Derecho Comunitario para excluir la violación del CEDH, interpretación que vendría a dar carta de validez desde la perspectiva del CEDH a ciertas regulaciones comunitarias inadmisiblemente restrictivas, según Chueca, de los derechos fundamentales de defensa (imposibilidad de recurrir en caso de expulsión por razones de seguridad nacional de un extranjero). Angel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 255. En el caso de la jurisprudencia del TEDH, la discrepancia con el TJCE puede producirse en cuanto al reconocimiento de un determinado derecho fundamental por el primero y no por el segundo; o bien por incluir el TEDH un determinado caso o supuesto dentro del ámbito normativo de un derecho fundamental reconocido por ambos tribunales, pero no incluir, en cambio, el TJCE ese supuesto concreto en el ámbito normativo del derecho fundamental; o bien por extender el TEDH la titularidad de un derecho fundamental determinado a personas a quienes el TJCE no se la reconoce; o bien por una apreciación más estricta por el TEDH de los límites admisibles a un derecho fundamental también reconocido por los dos Tribunales (por ejemplo, una aplicación distinta del principio de proporcionalidad en un mismo caso o en casos iguales). Por supuesto, que estas discrepancias pueden producirse involuntariamente, por no haber sentado el TEDH jurisprudencia sobre algún aspecto sobre el que debe pronunciarse el TJCE y sí hacerlo *a posteriori*, o bien introduciendo después matizaciones o giros no previsibles de antemano.

749 Sea como sea, en todas las hipótesis señaladas en la nota anterior y otras posibles, se produce una discrepancia en el ámbito común de los derechos fundamentales que, de ser continua o grave, podría operar como factor disgregador, dificultando la integración europea. Conscientes, sin duda, de ello, tanto el TEDH como el TJCE han tratado de reducir esos conflictos potenciales a la mínima expresión, evitando a toda costa, por medio de una relación de colaboración *extra legem*, las contradicciones en su respectiva doctrina jurisprudencial. Así, el TJCE, desde los casos *Nold* y *Hauer*, señala que sus fuentes de inspiración o de conocimiento para dar contenido a los principios generales del Derecho a través de los cuales se expresan los derechos fundamentales son las tradiciones constitucionales comunes, de un lado, y los instrumentos internacionales, de otro, si bien con una cierta jerarquización en favor de las primeras y dando, al mismo tiempo, con relación a los restantes tratados internacionales de que sean parte los Estados miembros, una especial preponderancia al CEDH. Cfr. Rudolf Streinz, *Europarecht*, cit., p. 105. A partir del caso *ERT*(1991), se afirma por el TJCE que el CEDH tiene para él "un significado particular", por lo que "no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera". STEDH de 18 de junio de 1991 (*Elleniki Radiophonia Tileorassi*), §41. Esta jurisprudencia resulta confirmada por STEDH de 29 de mayo de 1997 (*Kremzow*), §14; y STEDH de 18 de diciembre de 1997 (*Annibaldi*), §12. No resulta del todo claro si con ello el CEDH se ha transformado en una fuente directa de Derecho Comunitario o, por el contrario, como defiende

Un ejemplo de antología de tal riesgo de fricciones o contradicciones claras en cuanto al alcance concreto de los derechos viene dado por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que el TJCE niega, en el caso *Hoechst*, que sea aplicable a las personas jurídicas. El TEDH, en cambio, en el caso *Niemietz*<sup>750</sup>, tras recordar su jurisprudencia de que "el hecho de que una investigación [escuchas telefónicas] afecte únicamente a actividades comerciales" no supone que el derecho a la vida privada no sea de aplicación, señala, con relación ya a la inviolabilidad domiciliaria, que la misma puede extenderse "por ejemplo, el despacho de un miembro de una profesión liberal", pues "uno puede realizar en su casa actividades ligadas a una profesión o al comercio y en su despacho o en un local comercial actividades de orden personal". No es necesario destacar las muy relevantes, y diversas, consecuencias que una u otra interpretación tiene con relación a las facultades de inspección comunitarias respecto de las empresas, según se reconozca a estas (TEDH) o no (TJCE) el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>751</sup>.

En otro caso, el TJCE ha considerado en 1989 que, fuera del marco penal, el derecho a no declarar contra sí mismo de todo inculcado "no encuentra justificación ni en la redacción del artículo 6 CEDH ni en la jurisprudencia del TEDH"<sup>752</sup>. El TEDH, por el contrario, ha entendido, en

Chueca, "sigue siendo una fuente de inspiración, aunque ahora sea una fuente privilegiada, pues la posición del mismo se aproxima a la de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros". Lo que es claro, en cualquier caso, desde nuestro punto de vista, es que la jurisprudencia comunitaria no ha asumido a nivel comunitario el CEDH en sus propios términos, ni menos todavía con la jurisprudencia anexa del TEDH, sino que solamente ha tratado de no contradecir, en la medida de lo posible, el CEDH tal y como el mismo ha sido interpretado por el TEDH por medio de una relación cooperativa con dicho Tribunal en el ámbito de los derechos fundamentales.

750 STEDH de 16 de diciembre de 1992 (*Niemietz*), §§29-31.

751 La divergencia entre el TJCE y el TEDH en los casos "*Hoechst*" y "*Niemietz*" es relativizada por el propio Presidente del TJCE en un artículo del que es coautor junto con Valle Gálvez: el TEDH en el caso *Niemietz*, tras referirse a la jurisprudencia sentada por el TJCE en el caso *Hoechst*, "consagra una interpretación distinta, al menos aparentemente", a la del TJCE en cuanto aprecia una violación de la inviolabilidad domiciliaria por las autoridades alemanas que habían ordenado un registro de un gabinete de un abogado. Pero destacan los citados autores que hay una diferencia importante entre el caso *Hoechst* y el caso *Niemietz*, pues mientras en el primero se trataba de obtener informaciones sobre el comportamiento ilegal de la propia empresa afectada, persona jurídica, en sus locales comerciales, en el segundo caso se trataba de un registro ordenado en el marco de diligencias penales iniciadas contra un tercero al que se trataba de identificar y que se sospechaba que mantenía cierta relación con el bufete en cuestión. Desde nuestro punto de vista, y sin negar esa diferencia entre uno y otro caso, es claro que existe entre ambos una identidad de razón, sin que se justifique por ello un tratamiento diferenciado en cuanto a la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, sobre todo, lo que es más importante, en la sentencia del caso *Niemietz* el TEDH se hace eco de la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Hoechst* y se distancia de ella, sin subrayar esas diferencias en los supuestos de hecho como justificativas de una doctrina diversa. Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario...", cit., p. 344.

752 STJCE de 18 de octubre de 1989 (*Orkem*).

1993, que "las particularidades del Derecho de aduanas no pueden justificar una violación del derecho de todo acusado, en el sentido autónomo que el artículo 6 otorga a este derecho, de guardar silencio y de no contribuir a su propia incriminación"<sup>753</sup>. Aunque existe una divergencia entre ambas jurisprudencias, llevan razón Rodríguez Iglesias y Valle Gálvez cuando puntualizan que la misma no debe ser sobrestimada, pues mientras el TEDH conocía del caso de una persona física condenada en un proceso penal por no haber proporcionado a la Administración de aduanas francesas determinados documentos, el TJCE enjuiciaba un caso de infracciones de naturaleza económica en materia, concretamente, de Derecho de la competencia<sup>754</sup>.

Estos casos no hacen sino poner de relieve que la actual relación cooperativa del TEDH y el TJCE ha podido ser un parche efectivo a corto y hasta a medio plazo, pero no parece que pueda ser una seria solución de fondo a largo plazo<sup>755</sup>, sino que la problemática de fondo que subyace habrá de ser solucionada y afrontada directamente. Ello resulta agravado por el hecho de que, al margen ya de los problemas de coordinación, el sistema actual de protección de los derechos fundamentales es, como Gosalbo Bono destaca, "pretoriano, casuístico y abierto", de manera que el ciudadano y, en cierta medida, el autor de la norma comunitaria no conocen necesariamente con antelación los derechos que son garantizados ni su concreto alcance<sup>756</sup>. Además, el CEDH no pretende establecer un estándar máximo de protección de los derechos fundamentales en Europa, sino solamente uno mínimo, con lo cual no parece fácil justificar que dicho estándar mínimo, vinculante además para los Estados miembros, no sea siempre respetado en el ámbito comunitario. Y en cualquier caso, las discrepancias podrían llegar a dar lugar a una verdadera "guerra" o enfrentamiento entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, pues parece obvio que la relación de cooperación tiene unos límites.

Una solución acaso acertada, pero no previsible, a esta problemática sería la de que el TJCE, en contra de lo afirmado en su Dictamen 2/94, aceptase que la Comunidad ha adquirido competencias

753 STEDH de 25 de febrero de 1993 (*Funke*), §§29-31.

754 Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario...", cit., p. 345.

755 El Presidente del TJCE y Valle Gálvez valoran, en cambio, más positivamente la situación actual y se refieren, así, a "la inexistencia real de contradicción sustancial" en supuestos puntuales entre el TEDH y el TJCE, de manera que, en realidad, el respeto de la jurisprudencia del TEDH exhibido por el TJCE y su demostrada abierta predisposición desdramatiza la posibilidad de conflictos interpretativos, que en cualquier caso son potencialmente inevitables en la medida en que ninguna jurisdicción puede predecir en una decisión judicial la interpretación futura que hará el Tribunal superior de otro ordenamiento jurídico; y particularmente éste es el caso en supuestos en que no existía jurisprudencia previa del TEDH "que pudiera iluminar la decisión" del TJCE. Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario...", cit., p. 346.

756 Ricardo Gosalbo Bono, "Reflexiones...", cit., p. 35.



en materia de derechos humanos y ha sucedido, además, a los Estados miembros como parte en la CEDH<sup>757</sup>. Otra solución, que hoy tampoco parece próxima, pasaría por la adhesión de las Comunidades al CEDH, con las oportunas reservas para adaptarlo, en el fondo y en cuestiones procesales, a las especificidades de la CE<sup>758</sup>. Podría también, en fin, elaborarse un catálogo comunitario de derechos fundamentales. Acaso la solución óptima consistiese en una vía dual: adhesión comunitaria a la CEDH (o, en su caso, la aceptación por el TJCE de la sucesión de la Comunidad<sup>759</sup>), que entendemos que expresa sólo un mínimo europeo de derechos fundamentales; y adopción de un catálogo comunitario de carácter adicional, aunque resulta obvio que la solución consistente en la elaboración de un catálogo propio de derechos fundamentales (complementario o no) sólo puede ser valorada a la luz de un catálogo concreto y no en abstracto. En el caso de establecerse un catálogo comunitario de derechos fundamentales, deberá también preverse un oportuno cauce procesal para su garantía a nivel de toda la Unión (mediante un Tribunal *ad hoc* o sólo mediante un proceso *ad hoc* de amparo de los derechos fundamentales comunitarios ante el propio TJCE). La imaginación jurídica tiene aquí abierto un amplio campo de posibilidades. Sea cual sea la vía elegida, lo que parece cada vez menos cuestionable es la necesidad de un avance en la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, a fin de dotar al proceso de construcción europea de una mayor legitimidad democrática de la que goza actualmente.

---

757 Ello sobre la base del artículo 307 (antiguo 234) y de la jurisprudencia sentada en STJCE de 12 de diciembre de 1972 (*International Fruit Company*). El citado artículo dispone que "las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra". La sentencia arriba referida estableció que el GATT (Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio), ratificado por todos los Estados miembros antes de la entrada en vigor del Mercado Común, "vincula a la Comunidad". Pero entre este supuesto y el del CEDH hay importantes diferencias, en cuanto que el artículo 131 (antiguo 110) TCE, la Comunidad se declaraba a favor de los objetivos GATT, y en los antiguos artículos 111 (actualmente derogado) y 113 (actual 133) TCE se transferían a la Comunidad competencias en materia de política comercial y aduanera. Véase, Ricardo Alonso García, *Derecho Comunitario*, cit., pp. 605-606.

758 No parece que fueran necesarios cambios en cuanto a los límites admisibles a los derechos fundamentales, pues aunque algunos podrían parecer de difícil aplicación respecto de la Comunidad o Unión Europea (por ejemplo, la seguridad "nacional", entendida como "seguridad comunitaria"), nada impide su aplicación, que será tanto más posible, por otra parte, a medida que se amplíen sus competencias.

759 Aunque esta sucesión se presenta como problemática dadas las reservas muy diversas formuladas al CEDH por los distintos Estados, aparte ya de que en algunos Estados el CEDH no es directamente aplicable. Y por otro lado, la sucesión debería conllevar el sometimiento de los actos comunitarios al examen por los órganos del CEDH, lo que presentaría también sus dificultades, en cualquier caso no insalvables.



## CAPÍTULO CUARTO

### LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

#### I.- LA POSIBILIDAD LÓGICA DE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ALEMANAS

En la interpretación de los derechos fundamentales, parte el TCFA de la idea de que la libertad garantizada en la LF no es "aquella de un individuo aislado y autócrata, sino la de un individuo relacionado y vinculado a la comunidad" y, precisamente por ello, "no puede ser 'por principio ilimitada'"<sup>760</sup>. Cabría, sin embargo, pensar que en el caso de los derechos fundamentales llamados "irrestringibles" o "sin límites" (*schränkenlose Grundrechte*), dado que la Constitución no contiene ninguna reserva de ley respecto de los mismos ni tampoco ninguna cláusula limitativa expresa, podríamos estar ante ciertos derechos fundamentales respecto de los que no regiría la doctrina anterior y que sí serían derechos ilimitados o absolutos. Ello ha sido rechazado por el TCFA de manera clara y contundente a través de una construcción que, en sus términos más generales, es aceptada por la doctrina científica mayoritaria. Conforme a esta interpretación, a la que luego nos referiremos pormenorizadamente, "sólo los derechos fundamentales colisionantes de terceros u otros valores jurídicos dotados de rango constitucional, en atención a la unidad de la Constitución y al total orden jurídico por ella protegido, están excepcionalmente en condiciones de limitar también los derechos irrestringibles en las relaciones concretas"<sup>761</sup>. Formulando positivamente, los derechos fundamentales colisionantes de terceras personas y otros valores o bienes *constitucionales* pueden *excepcionalmente*, en unos términos que luego veremos, estar en condiciones de limitar los derechos sin límites expuestos en la Constitución. Si esta cláusula excepcional rige respecto de los derechos fundamentales garantizados sin reserva en favor del legislador ni cláusulas limitativas expresas, es claro que parte el TCFA de la inexistencia de derechos

---

<sup>760</sup> BVerfGE 45, 187, 227. Es doctrina constante del TCFA.

<sup>761</sup> BVerfGE 28, 243, 261, jurisprudencia constante: BVerfGE 81, 278, 292 ss; 83, 130, 139; 84, 212, 228; 92, 26, 41. En la jurisprudencia más temprana, no obstante, no siempre se hacía expresa la exigencia del rango constitucional de los bienes limitadores. Por ejemplo, BVerfGE 28, 295, 306: "sólo aquellos límites que sean exigidos por la protección de otros bienes jurídicos".

absolutos o sin límites, pues no son tales ni siquiera los paradójicamente llamados derechos "irrestringibles" o "ilimitados", que sólo se llaman así en cuanto que no tienen límites expresos en la Constitución. Lejos de ello, también estos derechos "irrestringibles" pueden sujetarse a limitaciones que se deriven "implícitamente" de la LF (otros derechos, bienes o valores constitucionales).

Este posicionamiento jurisprudencial es aceptado de modo prácticamente unánime en la doctrina. Y así Hesse destaca cómo "las libertades iusfundamentales son libertades jurídicas y como tales siempre de contenido determinado, es decir, limitadas. La limitación de los derechos fundamentales es determinación de estos límites; establece la extensión objetiva de cualquier derecho de libertad". "La libertad ilimitada o el uso ilimitado de la propiedad podrían llevar a que se afectasen otros intereses, sean ellos los derechos de terceros, sean los intereses esenciales de la comunidad", por lo que resulta indispensable lograr una coordinación por la que puedan realizarse tanto las diferentes libertades como también otros bienes jurídicos y es por ello por lo que la Constitución prevé limitaciones a los derechos fundamentales<sup>762</sup>. Como Häberle ha señalado en afortunada frase, "el Derecho pretende ser un orden de la libertad y un orden para la libertad", la libertad y el orden constituyen por ello una "couple nécessaire"<sup>763</sup>.

Katz, por su parte, subraya que "la garantía de los derechos fundamentales como derechos individuales, en especial de los derechos jurídico-constitucionales de libertad, no puede tener por consecuencia que el individuo esté legitimado para ejercer su derecho ilimitadamente (ningún ejercicio ilimitado o desconsiderado de los derechos fundamentales o de la libertad). La garantía de los derechos fundamentales no conduce a una intangibilidad absoluta del ámbito individual protegido por un concreto derecho fundamental. Todo derecho fundamental debe forzosamente por la naturaleza de las cosas ser limitado en su alcance; los derechos ilimitados son inimaginables"<sup>764</sup>. Häberle, a su vez, señala, con relación a la posibilidad de un derecho "absoluto" en el sentido de ilimitado, que "un derecho fundamental tal es desconocido para la Ley Fundamental"<sup>765</sup>; la Constitución presupone la actividad del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales como evidente e incluso no sólo como permitida, sino también como ordenada<sup>766</sup>.

---

762 Konrad Hesse, "Bedeutung der Grundrechte", en Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1994, p. 154.

763 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 200.

764 Alfred Katz, *Staatsrecht*, ed. 1989, p. 277.

765 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 203.

766 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 181. De este carácter limitado por naturaleza de todos los derechos fundamentales ha deducido Katz, en doctrina común en términos generales, una serie de consecuencias iniciales: a) por lo pronto, hay que considerar al individuo en su contexto social —no como un individuo aislado o separado de su ambiente real, de su campo de relaciones sociales—, inserto en una comunidad estatal, lo que exige limitar el ejercicio de sus derechos para garantizar tanto

## II.- CONCEPTO DE LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como señala Sachs, la terminología y el concepto de limitación de los derechos fundamentales aparece especialmente fragmentada y difusa. En efecto, en cuanto a la terminología, en la doctrina o la jurisprudencia constitucional alemana se utiliza para designar a los límites a los derechos fundamentales una variada terminología, sin que sea fácil apreciar diferencias entre unos términos y otros. Sachs destaca, así, con acierto cómo los términos "Grenze und Schranke"<sup>767</sup>, Begrenzung, Beschränkung<sup>768</sup> y Einschränkung<sup>769</sup>, algunas de las más importantes variedades para referirse a los límites a los derechos fundamentales<sup>770</sup>, "pueden significar lo mismo, pero también pueden designar cosas muy diferentes". Sostiene Sachs que, frente a tal diversidad de términos, es necesario establecer "una claridad conceptual y una disciplina terminológica"<sup>771</sup>.

Por nuestra parte, hemos de constatar que esa disciplina terminológica no existe al día de hoy en la doctrina ni la jurisprudencia alemanas, y es común señalar que todos estos términos son "sinónimos"<sup>772</sup>, por lo que en esta tesis doctoral los diversos términos arriba

---

una convivencia ordenada (y no una mera coexistencia salvaje) dentro de la comunidad, como la garantía del mayor respeto que resulte posible del ejercicio de los derechos por todos los restantes miembros de la comunidad (garantías de derechos fundamentales con vinculación a la comunidad, "libertad vinculada", todos deben participar en los derechos fundamentales). Y es que si los derechos fundamentales pertenecen a todos los hombres o ciudadanos, su ejercicio debe necesariamente realizarse con consideración a los otros hombres; b) En un ordenamiento de derechos fundamentales sin límites se obstaculizarían recíprocamente los numerosos titulares de derechos fundamentales con una extraordinaria intensidad; el individuo sería, pues, libre frente al Estado, pero entonces justamente estaría a merced de los titulares privados de derechos fundamentales que *fácticamente* ejercieran el poder. Para amplias capas de hombres, ello equivaldría a una amplia neutralización *de hecho* de sus derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son, por consiguiente, en cierta medida, el reverso de los contenidos del bien común y los derechos de terceros a fijar por ley; c) En los modernos Estados con órdenes sociales altamente desarrollados, la gran mayoría de la población cuenta con, y exige, en muchos ámbitos actividades estatales relativamente amplias, lo que forzosamente tiene un efecto limitador sobre la libertad en ciertos aspectos, por lo que se hace cada vez más necesaria la delimitación, limitación, coordinación y conformación de esa libertad. Puede, así, concluirse sin dificultad que "los límites a los derechos fundamentales deben existir" y "el establecimiento y determinación de tales limitaciones para cada derecho fundamental es consecuentemente una tarea indispensable y especialmente importante". Alfred Katz, *Staatsrecht...*, cit., pp. 277-278.

767 Artículo 5, ap. 2; artículo 14, ap. 1, frase 2 LF.

768 Artículo 8, ap. 2 LF.

769 Artículo 11, ap. 2; artículo 17 a, aps. 1 y 2; artículo 19, ap. 1 frase 1 LF.

770 Otras podrían ser "Eingriff", "Beeinträchtigung" o "Verkürzung".

771 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 226.

772 Así, expresamente, por ejemplo, Bodo Pieroth, und Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 52: "Die verschiedenen Begriffe sind gleichbedeutend". Pero añade que ocasionalmente, sin embargo, los conceptos de "Schranke" y de

citados han sido traducidos indistintamente al castellano<sup>773</sup>, utilizando también, por lo demás, en nuestro idioma con carácter indistinto tres términos diversos, que entendemos que, en el marco en que nos movemos al menos, tienen idéntico significado: "limitación", "límite" y "restricción" a los derechos fundamentales.

Por tanto, la mayor variedad terminológica germánica sobre este punto la hemos reconducido, simplemente, a la menor variedad en castellano. Pero no hemos identificado siquiera, con carácter fijo, ninguno de los términos germánicos con ninguno de los vocablos castellanos para la designación de los límites a los derechos fundamentales, sino que hemos intercambiado unos con otros. En una traducción literal, habría sido acaso ello posible, así como traducir, por ejemplo, "Schranken" como "barreras"<sup>774</sup>, "Grenzen" como "fronteras" y "Begrenzung" como "delimitación", pero no nos ha parecido, en este ámbito, una solución satisfactoria, al menos con carácter global, y ello por varias razones, entre las que convendría destacar que no sería bueno, a nuestro modo de ver, exportar de Alemania una problemática derivada de una variedad terminológica que no ha conducido en aquel país más que a la confusión y que no tenemos necesidad alguna de introducir en nuestra doctrina. Si ello lo hemos hecho un tanto a costa de la literalidad, no se ha tergiversado en ningún caso el significado de los términos, sino que, lejos de ello, pensamos que hemos podido expresarlo de este modo con mayor exactitud.

En lo que se refiere ya al concepto de límites a los derechos fundamentales, tratado ya en la parte general de este trabajo, baste ahora con recordar que mientras Alexy los define como aquellas "normas que restringen la realización de principios iusfundamentales *prima facie*", Sachs, partiendo del esquema "regla-excepción", los define como aquellas normas jurídicas que excluyen los efectos jurídicos iusfundamentales que normalmente deberían producirse con base en el cumplimiento del "tipo" (ámbito normativo) iusfundamental, esto es, los presupuestos negativos de los efectos jurídicos del derecho fundamental, que ya no son componentes del "tipo", o ámbito normativo, del derecho fundamental.

---

"Begrenzung" son entendidos ocasionalmente en otro sentido, como demarcación de los límites (Grenze) que separan la realidad vital protegida por el derecho fundamental de la no protegida por el mismo, el ámbito protegido del ámbito de regulación o de un ámbito protegido que colisiona de otros (pp. 52 y 53; y para este entendimiento "ocasional" en otro sentido por estos mismos autores, pp. 50-51 y 73). Otra diferenciación terminológica convencional es, por ejemplo, la de Kathrin Misera-Lang (*Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, Peter Lang, Frankfurt/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1999, p. 10).

<sup>773</sup> El propio Sachs reconoce que no existe dicha disciplina terminológica en la doctrina. Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 226.

<sup>774</sup> Con ello, mantendríamos el significado metafórico que la expresión tiene en alemán, y la doctrina atribuye al término "Schranken" y sus equivalentes conceptuales. En este sentido, por ejemplo, Jörn Ipsen, *Staatsrecht II...*, cit., p. 47.

### III.- LA NIVELACIÓN ESCALONADA DEL EXAMEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1.- La técnica de la nivelación de examen y sus variantes

Tanto la construcción dogmática, general o particular, de los derechos fundamentales como su aplicación judicial exigen la construcción de un sistema de interpretación o examen de los mismos. Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria en Alemania<sup>775</sup>. Y son varios, al respecto, los sistemas propuestos, pero aparece como generalmente aceptado un modelo, que en realidad viene a expresar también la práctica del TCFA y en buena medida es resultado simplemente de un elemental sentido común jurídico, que desarrolla el examen de los derechos fundamentales por medio de la contraposición del llamado ámbito normativo, o "tipo", de los derechos fundamentales a sus límites, pero teniendo asimismo presentes en todo momento, a su vez, los límites de estos límites.

Y de este modo, como Sachs subraya, puede entenderse el llamado examen de los derechos fundamentales según el esquema regla-excepción<sup>776</sup>, que es característico, por lo demás, de la aplicación jurídica de casi todos los mandatos jurídicos y que, como estructuración formal del examen de los derechos fundamentales es, en sí mismo, neutral<sup>777</sup>. Este esquema responde ya en cierta medida, pero sólo en cierta medida, a la concepción de Schmitt, para quien "la injerencia legal [en los auténticos derechos fundamentales] aparece como excepción y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales"; "como una excepción calculable, mensurable y controlable con arreglo al supuesto y contenido"<sup>778</sup>.

Además, como se ha destacado, la separación dogmática del "tipo" (o ámbito normativo) y los límites a los derechos fundamentales reduce, cuando menos, el peligro de limitación arbitraria de la libertad por medio de restringidas definiciones *ad hoc* del derecho fundamental y somete a la operación de establecimiento de límites a una obligación estricta de argumentación; hace la subsunción de una situación determinada en un derecho fundamental más razonable y previsible; y permite, en fin, por lo general, asegurar la consideración equilibrada de los intereses divergentes en la solución del caso particular sobre derechos fundamentales en cuanto que el "tipo" suele hacer referencia a unos intereses individuales más fuertes, mientras que la interpretación de los límites lleva a tomar en consideración más bien los intereses generales, así como los intereses colindantes de terceros<sup>779</sup>. A ello puede añadirse que

775 Entre otros, Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, 1994, p. 17; Alfred Katz, *Staatsrecht...*, cit., p. 279; Klaus Stern, "El sistema de los derechos fundamentales en...", cit., p. 272.

776 Un esquema sólo en parte distinto, más en apariencia que en realidad, es el de Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, cit., pp. 236-237.

777 En este sentido Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 17-18.

778 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 171.

779 En este sentido, Michael Kloepper, "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts —

este método de examen permite cohonestar el tratamiento necesariamente casuístico de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales con un enfoque mínimamente sistemático, propio de la tradición dogmática jurídica germánica y al que no hay que renunciar en este campo.

Y si bien es cierto que existe un importante desacuerdo en la doctrina, como se ha visto en la parte general de esta investigación, sobre el entendimiento amplio (Alexy, Höfling o Morlok) o estrecho (Isensee o Müller) del "tipo" iusfundamental, aparte ya de la cuestión abordada con anterioridad sobre la legitimidad de la idea misma de límites, nada de ello obsta para la aceptación de este esquema general de análisis, que parece bastante lógico y conduce a entender los límites a los derechos fundamentales como "excepcionales" y concebir a la libertad como regla<sup>780</sup>. Es un esquema seguido por la mayoría<sup>781</sup> de la doctrina y también por el TCFA<sup>782</sup>, con diversas variantes.

dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", en Christian Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Band II (*Verfassungsauslegung*), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, p. 407 y Christian Starck, "Die Verfassungsauslegung", en Josef Isensee und Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII (*Normativität und Schutz der Verfassung — Internationale Beziehungen*), C. F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 213.

780 En este sentido, Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Dissertationsdruck Schadel, Darmstadt, 1977, p. 60, quien destaca cómo, de este modo, no vale en absoluto el principio de que está prohibido todo lo que no está permitido, sino todo lo contrario, que está permitido todo lo que no está ordenado o permitido, principio éste que resulta de la LF: "La regla es la libertad; la intervención estatal, la excepción".

781 Un autor que representa un caso aislado, y no parece aceptar este punto de partida desde el momento en que incluye en su concepción del tipo (o ámbito normativo o de protección) también a las limitaciones es Lothar H. Fohmann, "Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich", *EuGRZ*, 1985, Heft 3, p. 55. Häberle, por su parte, destaca que la actividad lícita del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales es una actividad regular y no excepcional. "Un legislador que ordena los ámbitos vitales protegidos por los derechos fundamentales, los conforma, y los delimita unos respecto de otros, no actúa en un sentido comparable a la relación regla-excepción". No se puede degradar al legislador al papel de legislador interventor excepcionalmente activo en el campo de los derechos fundamentales, pasando de una etapa en que se absolutizó la legislación (y produjo el "vaciamiento" de los derechos fundamentales) a otra en que se descuide en exceso la labor de concretización y conformación creativa del legislador en este ámbito, considerándole como el enemigo potencial de los derechos fundamentales. Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., pp. 195 ss.

782 Véase la abundante doctrina y no menos copiosa jurisprudencia del TCFA que sigue este esquema, si bien en muchos casos (y así el TCFA) sólo implícitamente y sin utilización del concepto de "tipo" (o ámbito normativo): Michael Sachs, en Klaus Stern, *Staatsrecht*, cit., p. 17, n. 43; cfr. asimismo, Klaus Stern, "El sistema de los derechos fundamentales...", cit., p. 272 y Christian Starck, "Die Verfassungsauslegung", cit., p. 13. Una sentencia en que el TCFA se refiere con una cierta claridad a este sistema de examen es BVerfGE 32, 54, 72: "Más bien hay, en primer lugar, que establecer la sustancia material del derecho; sólo después de ello, hay que fijar, bajo la observancia de la presunción de libertad y de los principios constitucionales de proporcionalidad y de razonabilidad los límites jurídico-constitucionalmente justificables al ejercicio del derecho fundamental".



Existe una considerable variedad en los esquemas propuestos por la doctrina para el examen de los límites a los derechos fundamentales, pero que coinciden en lo esencial. Un posible esquema es el propuesto por Katz, quien distingue tres niveles:

a) **Ámbito normativo o protegido del derecho fundamental:** Se trata aquí, por lo pronto, de determinar el radio objetivo de acción, la sustancia material de un derecho fundamental primeramente en abstracto para, después, subsumir la conducta o hechos a examen dentro de ese "tipo" o ámbito normativo del derecho fundamental. Si el derecho fundamental es afectado en su ámbito normativo, esto es, si al titular del derecho fundamental le es impedida o dificultada una conducta que cae dentro del ámbito protegido de ese derecho, estaremos ante una intervención, que sin embargo sólo conduce a una lesión del derecho fundamental si hay que calificarla como antijurídica.

b) **Limitación:** Se trata de examinar esa intervención o afectación del derecho fundamental para determinar si es, o no, una limitación cubierta, o no, por un límite constitucional, sea éste directo, indirecto, o implícito. Y hay que decir ya que sólo están justificadas aquellas intervenciones en los derechos fundamentales que encuentran una justificación o apoyo en la propia Constitución.

c) **Límites de los límites o límites de la intervención (*Schranken-Schranken* oder *Eingriffsschranken*)<sup>783</sup>:** Dado que no hay derechos ilimitados, todos los derechos fundamentales admiten restricciones legítimas, pero no puede intervenir tampoco ilimitadamente en su ámbito normativo, sino que los límites encuentran también sus barreras, por lo que en la limitación de los derechos fundamentales deben observarse siempre ciertas condiciones restrictivas de toda limitación<sup>784</sup>.

En realidad, este último nivel del examen de los derechos fundamentales está estrecha, por no decir inescindiblemente, ligado con el anterior, pues es claro que la legitimidad o justificación (constitucional) de la limitación sólo puede determinarse una vez que se haya constatado que la limitación está amparada por alguna cláusula constitucional restrictiva del derecho fundamental, si bien con ello no basta, sino que además habrá de observarse la reserva de ley, el principio de proporcionalidad, etc. Por ello, en este trabajo de investigación, las dos últimas fases se integran en una sola y, además, los límites se estudian como presupuestos legitimadores de la limitación, pues sólo si tales límites son observados por cualquier limitación a un derecho fundamental será la misma legítima y estará constitucionalmente justificada. Pero si puede prescindirse del estudio autónomo, a los efectos de este trabajo, del segundo nivel de

---

783 El concepto es utilizado por primera vez por Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 5, donde habla de "allgemeine Schrankenschraken" con respecto al artículo 19.2 LF. El dato de que fue en la conferencia de 1964 de Bettermann ante la *Berliner Juristischen Gesellschaft* (cuyo texto reproduce el citado trabajo editado en 1968) la primera vez que se utilizó el concepto lo tomamos de Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 711, n. 76, obra siempre minuciosa para este tipo de datos.

784 Alfred Katz, *Staatsrecht*, cit., pp. 279-280.

examen señalado por Katz, es preciso, sin embargo, para hacer más claro el examen, añadir otro nivel intermedio dirigido a determinar si existe o no una intervención en el derecho fundamental por parte de un destinatario de los derechos fundamentales, ya que sólo con relación a tal intervención desarrollarían los derechos fundamentales su función de defensa.

Quedarían, así, tres niveles de examen: (1) "Tipo" o ámbito normativo del derecho fundamental, a determinar con arreglo a las reglas de interpretación constitucional, surgiendo aquí discrepancias entre quienes sostienen una concepción amplia del "tipo" y quienes sostienen una concepción estrecha, como enseguida veremos; (2) Intervención en el derecho fundamental; (3) Justificación constitucional de la intervención, que sería la fase más compleja<sup>785</sup>.

Es cierto que, en la doctrina alemana, algunos autores distinguen, en el ámbito normativo (o "tipo") de los derechos fundamentales, entre el ámbito normativo en sentido estricto y el ámbito normativo en sentido amplio. En el primer sentido, se hace referencia al bien jurídico protegido por el derecho (el conjunto de la actividad profesional respecto de la libertad de ejercicio de la profesión, por ejemplo). En el segundo sentido, el ámbito normativo es la resultante de sumar el ámbito normativo en sentido estricto y el concepto de intervención (por ejemplo, que las intervenciones con tendencia a regular la profesión se sometan a la libertad de elección de la profesión)<sup>786</sup>. Comprendido el ámbito normativo en este segundo sentido, como vimos antes que hacía Katz, no es preciso diferenciar, para el examen de las cuestiones sobre derechos fundamentales, un nivel dedicado a la intervención. Pero es

---

785 El nivel de examen más complejo es el que se refiere a la justificación de las restricciones al derecho fundamental (límites de los límites). Siguiendo a Pieroth y Schlink, puede decirse que las cuestiones que habría que plantearse en este nivel son las siguientes, diferenciando según se trate de intervenciones legislativas, o bien de intervenciones del poder ejecutivo o el judicial: A. *En el caso de intervenciones por parte del Poder Legislativo*: 1. ¿Se ha tramitado la ley de forma adecuada competencial y procedimentalmente?; 2.a) Con relación a los derechos fundamentales con reserva cualificada de ley: ¿respeta la ley los elementos de la cualificación?; 2.b) Con relación a los derechos fundamentales sin reserva de ley: ¿interviene la ley en consideración a los derechos fundamentales de otros o a otros bienes constitucionales?; 3.- ¿Respeta la ley las exigencias de la reserva parlamentaria?; 4.- ¿Interviene la ley proporcionalmente?; 5.- Sólo respecto de los derechos fundamentales con garantía institucional: ¿permite la ley subsistir a la institución?; 6.- ¿Deja la ley inalterado el contenido esencial del derecho fundamental?; 7.- ¿Tiene la ley validez general y no sólo para el caso particular?; 8.- Sólo respecto de los derechos fundamentales con reserva de ley: ¿observa la ley el mandato de cita?; 9.- ¿Está redactada con toda claridad la ley en su tipo o supuesto de hecho y consecuencias jurídicas?; 10. ¿Respeta la ley el restante Derecho Constitucional?; B.- *En el caso de intervenciones consistentes en medidas correspondientes al Poder Ejecutivo o al Judicial*: 1. ¿Existe un fundamento legal conforme a la Constitución para la medida?; 2. ¿Es la medida, por su parte, constitucional?; a) ¿Aplica dicha medida la ley en una interpretación que es conforme a la Constitución, especialmente a los derechos fundamentales?; b) ¿Es proporcional?; c) ¿Se dirige con claridad a los afectados? Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 78.

786 Cfr. Martin Borowski, *Grundrechte als...*, cit., p. 29, n. 2.

corriente<sup>787</sup> hacerlo así respecto de los derechos de defensa —y como el TCFA ha reconocido los derechos fundamentales son "en primer lugar derechos de defensa del ciudadano frente al Estado"<sup>788</sup>.

Sea como sea, se hace preciso reconocer la estrecha relación que existe entre el ámbito normativo *stricto sensu* y la intervención, pues si el primero determina qué es protegido, la intervención nos dice frente a qué se protege, además de que todos los problemas de la protección *prima facie* pueden plantearse indistintamente bien como problemas del ámbito protegido, bien como problemas de intervención<sup>789</sup>. Por ello, al menos en ciertas ocasiones, habrá que considerar el ámbito normativo o "tipo" del derecho fundamental ya con la vista puesta en las posibles intervenciones. Así, por ejemplo, la propia literalidad del art. 8.1 LF, que garantiza el derecho de reunión, expresa que tal libertad protege, sobre todo, frente a deberes de notificación y autorización y serán tales intervenciones, bien que entre otras posibles, las que habrá que considerar ya al definir el "tipo", o ámbito normativo, del derecho (y lo mismo cabría decir de la expropiación por relación al derecho de propiedad).

## 2.- Supuestos dudosos del ámbito aplicativo de la técnica de nivelación

Se ha planteado si este esquema de análisis o examen resulta también de aplicación al derecho de propiedad, al derecho a la igualdad, a los derechos de organización y proceso y a los derechos sociales. Con relación al derecho de propiedad, debe decirse que, aunque el artículo 14.2 LF establezca la vinculación social de la propiedad ("La propiedad vincula. Su uso debe servir asimismo al interés general"), ello no significa que exista una absoluta libertad de conformación del legislador con respecto a este derecho y, por ello mismo, se dice en el artículo 14.1 que "su naturaleza y límites serán determinados por las leyes" (cursiva nuestra). Nada de ello da una absoluta libertad al legislador, sino que el hecho de que se hable de "límites" del derecho supone ineludiblemente que hay un contenido (esencial, según el artículo 19.2) que debe ser respetado en todo caso. Este contenido vincula a los tres poderes del Estado (artículo 1.3), que no pueden desconocer las exigencias mínimas derivadas de la defensa de la necesaria utilidad privada de la propiedad y la disponibilidad por su concreto titular<sup>790</sup>. El TCFA aplica, de hecho, el esquema ámbito protegido-intervenciones-justificación de las mismas al derecho de propiedad<sup>791</sup>, si bien este esquema tiene algunas especialidades en el caso de las expropiaciones<sup>792</sup> del artículo 14.3 como diferenciadas<sup>793</sup> de las

787 Martin Borowski, *Grundrechte als...*, cit., pp. 29, n.2; y 183, n. 5 (aunque la terminología varía, existe unidad doctrinal en la materia y en la jurisprudencia del TCFA, así como del Tribunal Federal suizo).

788 BVerfGE 7, 198, 204.

789 Martin Borowski, *Grundrechte als...*, cit., pp. 185-186.

790 BVerfGE 24, 367, 389; 91, 294, 308.

791 BVerfGE 52, 1, 29 ss; 79, 80, 84 ss; 79, 292, 305 ss; 81, 29, 33 ss; 89, 1, 6 ss.

792 Se atiende al fin de la expropiación, que tiene que ser alguna finalidad de utilidad

limitaciones previstas en el artículo 14.1 LF.

En el caso del derecho a la igualdad, aunque el TCFA ha extendido al mismo el principio de proporcionalidad sólo tardíamente en [BVerfGE 55, 72, 88], cuando el TCFA adopta la llamada nueva fórmula del principio de igualdad<sup>794</sup>, lo cierto es que desde hace ya tiempo que su examen responde *grosso modo* al de los derechos de libertad, según el esquema "ámbito normativo-intervención-justificación"<sup>795</sup>. Ahora bien, las

pública, como el artículo 14.3 exige, pero además se exige un examen de la proporcionalidad: la expropiación debe ser adecuada y necesaria para el cumplimiento de una tarea pública y debe existir entre ese cumplimiento de una función pública y la intervención en el derecho de propiedad una relación proporcionada, ponderándose los intereses públicos y privados (BVerfGE 49, 220, 237 ss; 66, 248, 257 ss). Es preciso, además, que se respete la reserva de ley, y se garantice una protección jurídica efectiva, además de que se otorgue siempre una indemnización por la expropiación.

793 La diferencia entre las limitaciones a la propiedad del artículo 14.1 LF y la expropiación regulada en el artículo 14.3 LF se ha visto, *grosso modo*, por el TCFA en tres rasgos: la expropiación no es abstracta sino concreta; afecta de manera individual y no general; y no deja la propiedad al propietario sino que le priva de la misma, directamente por ley (expropiación legal) o bien en virtud de ley (expropiación administrativa). La privación puede ser total o parcial. Así se deduce de BVerfGE 52, 1, 27; 58, 300, 330; 72, 66, 76.

794 Según la llamada "vieja fórmula" ("alte Formel"), el principio de igualdad "prohíbe que lo esencialmente igual sea tratado desigualmente, pero no, por el contrario, que lo esencialmente desigual sea tratado desigualmente en correspondencia a su desigualdad" o, formulado como interdicción de arbitrariedad prohíbe tratar "de manera arbitrariamente desigual lo esencialmente igual y arbitrariamente igual lo esencialmente desigual". Esta fórmula planteaba el problema de la diferenciación, que suponía, entre "lo esencialmente igual" y "lo esencialmente desigual", que no resultaba nada clara. Se la consideró por ello una fórmula vacía. La nueva fórmula, a partir de BVerfGE 55, 72, 88, se plantea si no existen "ningunas diferencias de tal naturaleza y de tal peso que puedan justificar el tratamiento desigual", no siendo ya necesaria una diferenciación entre lo igual y lo desigual. Esta nueva fórmula acerca el examen del principio de igualdad al de los derechos de libertad, por más que aquí el examen de la proporcionalidad presente ciertas especialidades. Lothar Michael, "Die drei Argumentationsstrukturen...", cit., pp. 9 ss.

795 El examen puede dividirse, de acuerdo con [BVerfGE 71, 39, 57 ss.] y siguiendo a Richter y Schuppert, en dos fases: 1) Comparación: en todo examen de la igualdad se presupone la existencia de al menos dos situaciones a comparar, dos ámbitos de la vida que coinciden en uno o varios rasgos, pero que también se diferencian, por lo menos, en otro rasgo; 2) Justificación: si existe un tratamiento desigual, o también un tratamiento igual de situaciones no iguales, debe determinarse si se da alguna razón objetiva, esto es, algún fin legítimo que lo justifique. Aquí deben distinguirse tres subniveles de examen: a) Objetivo de la diferenciación: ¿Persigue el tratamiento igual o desigual un fin constitucionalmente legítimo? Debe, en primer término, determinarse el fin perseguido, por ejemplo, a partir de la búsqueda de la voluntad del legislador en los debates parlamentarios, en las concretas disposiciones legales, etc. En segundo lugar, debe examinarse la conformidad a la Constitución de ese fin; b) Criterios de diferenciación: ¿Es constitucional el criterio utilizado de diferenciación? Debe, primero, determinarse cuál es el criterio de diferenciación elegido, y en segundo lugar, si es ese criterio constitucional (¿existen prohibiciones constitucionales expresas de diferenciación? y, en caso afirmativo, pueden aplicarse excepcionalmente; ¿existen prohibiciones de tal naturaleza implícitas al orden constitucional? y, en caso afirmativo, pueden en este caso

intervenciones en el derecho a la igualdad no se justifican sólo en otros bienes constitucionales, como las de los derechos sin reserva de ley, sino también en cualesquiera objetivos legítimamente perseguidos por el legislador, lo que se debe a que en el caso de este derecho no hay que partir de un ámbito normativo garantizado expresamente, como sector recortado de la realidad o la vida de los ciudadanos<sup>796</sup>. En la aplicación del principio de proporcionalidad, según Borowski, hay que contraponer el mandato *prima facie* de igualdad jurídica y los principios que, también *prima facie*, ordenan un tratamiento desigual, debiendo observarse, por lo demás, en esta ponderación campos de juego normativos y empíricos, en especial en favor del legislador. Según el peso de los principios formales y materiales que entran en la ponderación, puede ordenarse definitivamente bien un tratamiento igual, bien un tratamiento desigual o bien ni uno ni otro. En el último caso, el Estado es libre para dar un tratamiento igual o desigual. Y siempre que no resulte definitivamente ordenado un tratamiento jurídico igual, podrá considerarse limitado el principio de igualdad<sup>797</sup>. Digamos, por último, que según algunos autores, también es posible la construcción teórica de límites externos a los derechos fundamentales con relación a los derechos-prestación *lato sensu*, que —como contrapuestos a los derechos de defensa— incluirían los derechos a protección, los derechos a la organización y el proceso y los derechos sociales, aplicándose a todos ellos un esquema como el arriba indicado (ámbito normativo-intervención-justificación de la intervención)<sup>798</sup>. No obstante, parece que no es siempre totalmente aplicable ni es posible separar siempre con toda claridad las distintas fases<sup>799</sup>.

### 3.- La técnica de nivelación como técnica de aplicación escalonada

Es importante destacar que la técnica de examen de los derechos fundamentales por niveles que acabamos de exponer tiene realmente sentido en la medida en que se aplica escalonadamente. Es decir, no se trata de una técnica para controlar el cumplimiento *global* de una serie de exigencias constitucionales, sino su cumplimiento *específico* en cada caso. Por ello mismo, si la conducta sujeta a examen no encaja en el ámbito normativo o "tipo" del derecho fundamental, no estaremos ante

---

no respetarse de modo excepcional); c) Proporcionalidad: Necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto del tratamiento desigual para el logro del objetivo. Véanse BVerfGE 82, 126, 146 ss. y 71, 39, 51 ss. Ingo Richter y Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., p. 142. La intervención consistiría aquí en el tratamiento desigualitario. Un examen minucioso de la cuestión puede verse en Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., pp. 351 ss.

796 Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., pp. 401-402.

797 Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., pp. 407. Véase, también, Lothar Michael, "Die drei Argumentationsstrukturen...", cit., pp. 10 ss.

798 Especialmente, véase Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., pp. 137 ss., 237 ss., 289 ss. y 320 ss.

799 Alfred Katz, *Staatsrecht*, cit., p. 301, con referencia a BVerfGE 85, 386, 395 ss. y BVerwG NJW 1992, 2496 ss.

una cuestión de derechos fundamentales (primera fase) y habrá por ello que detener el examen ya en este momento, y lo mismo ocurrirá si, encajando la conducta en el “tipo” del derecho fundamental, no hay intervención en dicho ámbito inicialmente protegido por el derecho (segunda fase). Y si la conducta encaja en el “tipo” o ámbito normativo, y hay una intervención en el mismo, tal intervención estará justificada constitucionalmente únicamente si respeta, de manera sucesiva, cada una de las exigencias constitucionales para las restricciones a los derechos fundamentales (reserva de ley, mandato de cita, generalidad, subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, contenido esencial), de manera que si no respeta alguna de ellas (por ejemplo, no está cubierta por una reserva de ley, o no es idónea) el examen habrá de detenerse, declarando, sin más, constitucionalmente ilegítima la intervención en el derecho.

#### **IV.- EL SUPUESTO DE HECHO, TIPO O ÁMBITO NORMATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

##### **1.- Concepto**

Como se ha visto en la parte general de esta investigación, por ámbito normativo, supuesto de hecho o “tipo” del derecho fundamental se entiende el “radio objetivo de acción” del “sector, con frecuencia ya amoldado jurídicamente, de la ‘realidad’ que es el objeto de la garantía”: “pensamiento” (art. 4.1 LF), “arte” (art. 5.3, frase 1 LF), “profesión” (art. 12. 1 LF), “propiedad” (art. 14 LF)”, etc<sup>800</sup>. Su función es la servir como instrumento o técnica para determinar si a un determinado supuesto de hecho que se dé en la realidad le resulta aplicable o no un derecho fundamental y el “tipo” o ámbito normativo señalaría en que ámbito “vale” el derecho de que se trate, cuál es su radio de acción. La determinación del concreto radio objetivo de acción o ámbito de validez de cada derecho fundamental es una cuestión que corresponde al estudio de cada uno de ellos y por ello no podrá ser abordada aquí. Sí que hay que analizar en este momento, en cambio, dado su carácter general, a las distintas concepciones que existen sobre el ámbito normativo o “tipo” de los derechos fundamentales, de consecuencias muy distintas y a ello pasamos a referirnos.

##### **2.- Concepciones sobre el tipo iusfundamental**

Esta cuestión de las “concepciones” acerca sobre el “tipo” o ámbito normativo de los derechos fundamentales ya fue abordada en la parte general de la presente investigación con una referencia detallada a la doctrina alemana, que es la que más ha tratado el tema. Ahora baste con recordar cómo puede hablarse de dos corrientes o tendencias, una de las cuales considera que, en la hermenéutica del “tipo” o ámbito normativo de los derechos fundamentales, debe tenderse a una interpretación muy lata,

---

800 Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., p. 139.

mientras que la otra tiende más a una interpretación muy estricta del mismo, bien sea a través de una delimitación muy precisa, ya *ab initio*, de dicho ámbito normativo, bien a través de la categoría de los límites inmanentes. El representante más significativo de la concepción amplia, como también vimos en un momento precedente, es Alexy, mientras que un representante claro de la concepción estrecha es Müller. Pero esta contraposición de concepciones, acaso extrema en el caso de los citados autores, expresa, a nuestro modo de ver, más bien una tendencia, de manera que son posibles muchas posiciones intermedias, como las de numerosos autores en la doctrina alemana, no obstante lo cual tiene el mayor interés el determinar si una concepción del "tipo" de los derechos fundamentales *tiende* a una interpretación amplia o estrecha de los derechos fundamentales.

Es especialmente importante determinar aquí cuál es la posición del TCFA al respecto. Como es fácil imaginar, ninguna declaración expresa puede encontrarse en la jurisprudencia constitucional por medio de la cual se opte de una manera expresa o genérica por una de esas dos concepciones, amplia o estrecha, del "tipo" o ámbito normativo de los derechos fundamentales. Pero un examen de la jurisprudencia constitucional permite afirmar que la misma se orienta más bien en el sentido de un entendimiento amplio del ámbito normativo de los derechos fundamentales, y en este sentido sigue más bien una teoría amplia del "tipo" iusfundamental, pero no sin ciertos ingredientes característicos de lo que sería más bien una teoría estrecha. Así, por ejemplo, y aparte de los ejemplos ya aducidos en la parte general de este trabajo, es una interpretación amplia del "tipo" iusfundamental la que lleva a cabo el TCFA respecto de la libertad artística: "La publicidad de una obra artística no es, pues, ningún medio que transporte la obra de arte misma o su contenido. Pero constituye un medio de comunicación, que pertenece asimismo al ámbito efectivo del crear artístico; porque el arte está, como los bienes protegidos de los otros 'derechos fundamentales de la comunicación', ligado a la opinión pública (*öffentlichkeitsbezogen*) y por ello depende de la percepción pública. Por esta razón, también la publicidad en favor de una obra de arte cae bajo la protección de este derecho fundamental"<sup>801</sup>; y también bajo la protección de este derecho puede incluirse un collage con un hombre orinando sobre la bandera federal<sup>802</sup>, o una novela pornográfica<sup>803</sup>. La protección se ha extendido también por el TCFA a

---

801 BVerfGE 77, 240, 251.

802 BVerfGE 81, 278, 289 ss.

803 Pues la novela pornográfica es resultado de una actividad artística reconocida, la de un escritor, dirigida a una libre conformación creativa por medio de la cual se expresan en la forma literaria de una novela las impresiones, fantasías y experiencias del autor, todo lo cual se justifica y fundamenta con ocasión de la concreta novela de que se trataba, y sin que el hecho de que la novela también pueda considerarse pornográfica influya en su carácter artístico, pues arte y pornografía no se excluyen: BVerfGE 83, 130, 135 ss, sentencia que será comentada más adelante con mayor detalle. Y si bien la explotación de las obras artísticas no cae bajo la protección de la libertad artística, es porque pertenece al ámbito protegido típico del derecho fundamental

quien desempeña una "función mediadora imprescindible" entre el artista y el público<sup>804</sup>. Es igualmente de destacar, en fin, que el TCFA ha rechazado la posibilidad de que el ámbito de protección del derecho fundamental se determine partiendo de la reserva de limitación a ese derecho (BVerfGE 32, 54, 72), esto es, se rechaza una interpretación estrecha del derecho fundamental sustentada en la presunta conveniencia de hacer innecesaria en la mayor medida posible la cuestión problemática de sus límites.

## V.- LA INTERVENCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1.- Concepto clásico

Como Ipsen señala, del mismo modo que el examen jurídico-penal presupone al autor y a la víctima, o el examen jurídico-civil de obligaciones presupone al acreedor y al deudor, también el examen de los derechos fundamentales presupone la contraposición en cierta medida arquetípica del individuo y el poder público, obteniendo relevancia esa relación entre uno y otro, cuando se llevan a cabo, por parte de un poder público, acciones que afectan a la esfera jurídica del ciudadano, o se omiten medidas a las que el ciudadano considera tener derecho<sup>805</sup>. Por ello, es necesario determinar si existe una medida del poder público, como destinatario de los derechos fundamentales, que intervenga en alguno de estos derechos. Con ello, se alude al concepto de intervención en los derechos fundamentales<sup>806</sup>, concepto global de la teoría general de los derechos fundamentales por más que la temática, la sustancia y la dimensión de los ámbitos garantizados por los derechos fundamentales, y por consiguiente también la consistencia y la intensidad de las intervenciones en esos ámbitos, difieran notablemente<sup>807</sup>. La determinación de que existe una intervención en el ámbito protegido de un derecho fundamental es un requisito *sine qua non* para exigir una justificación constitucional a dicha intervención: "La intervención en el derecho fundamental da lugar a la obligación de justificación"<sup>808</sup>. Y se entiende que si una acción u omisión del poder público no tiene ningún contenido

---

a la propiedad privada: BVerfGE 31, 229, 238 ss.

804 BVerfGE 30, 173, 191 (editor de una novela); 36, 321, 331 (productor discográfico).

805 Jörn Ipsen, *Staatsrecht II...*, cit., p. 38.

806 El propio Ipsen, en una posición minoritaria en la doctrina, entiende que no debe hablarse de intervenciones o *Eingriffe* en los derechos fundamentales como categoría general, sino de *Einwirkungen* en los mismos, categoría esta general que englobaría a las verdaderas *Eingriffe* (intervenciones en aquellos bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales que se declaran como "inviolables" o "intangibles": artículo 1.1, frase 1 LF; y artículos 2.2, frase 1, 4.1, 10.1, 10.2 y 13.1 LF) y a las restantes intervenciones restrictivas de otros bienes jurídicos iusfundamentalmente protegidos. Véase, sobre ello, Jörn Ipsen, *Staatsrecht II...*, cit., pp. 43 ss. y, más ampliamente, su artículo "Gesetzliche Einwirkungen...", cit., pp. 473 ss.

807 Como señala Herbert Bethge, "Der Grundrechtseingriff", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 57, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1998, p. 38.

808 Herbert Bethge, "Der Grundrechtseingriff", cit., p. 37.



regulador o ningún efecto externo (la llamada relevancia jurídica), no hay posible intervención<sup>809</sup>.

Los problemas no surgen a la hora de exigir la existencia de una intervención del derecho fundamental, sino en el momento de definir qué se entiende por "intervención" en un derecho fundamental. Estas intervenciones o afectaciones del ámbito protegido o "tipo" iusfundamental pueden ser intervenciones en sentido clásico<sup>810</sup> o, según prefieren otros autores, tradicional, pero también pueden referirse a otros supuestos a que, posteriormente, se ha extendido el concepto de intervención. En la actualidad, puede decirse que el concepto de intervención hace referencia a la existencia de un acto de cualquiera de los tres poderes del Estado (ley, acto administrativo o sentencia) que incide en, o modifica, los elementos configuradores del derecho fundamental (intervención en sentido amplio): una actuación estatal gravosa para un titular de un derecho fundamental. Hasta aquí hay acuerdo básico. La cuestión estriba en si hay otros requisitos para considerar que estamos ante una intervención y, sobre todo, en cuáles son tales requisitos, algo sobre lo que no hay una postura ampliamente dominante. Según la doctrina tradicional anterior a la LF, serían cuatro los presupuestos que tenían que concurrir para constatar que estábamos ante una intervención en un derecho fundamental (intervención en sentido clásico: *klassische Eingriffe*)<sup>811</sup>: finalidad<sup>812</sup>, carácter directo<sup>813</sup>,

809 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 288. No tienen contenido regulador las opiniones sobre la situación jurídica (BVerfGE 37, 57, 61) ni las informaciones sobre el estado de cosas (BVerfGE 33, 18, 21 ss). No tienen ningún efecto externo las órdenes administrativas (BVerfGE 41, 88, 105), las solicitudes administrativas internas (BVerfGE 20, 162, 172), leyes que no han entrado en vigor (BVerfGE 11, 339, 342; se deja abierto en 18, 1, 11 ss; para una excepción, véase 38, 326, 335 ss.), los meros borradores de sentencias de los tribunales y las sentencias todavía no firmadas por todos los magistrados (BVerfGE, NJW 1985, 788). Cito las sentencias por la obra de Pieroth y Schlink.

810 Este calificativo de clasicismo para estas intervenciones es hoy frecuente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (BVerwGE 87, 37, 43 y BVerfGE 79, 174, 201).

811 Dada la pluralidad y variedad de exposiciones de la cuestión en la doctrina, seguimos aquí, convencionalmente, las opiniones de *Albert Bleckmann, Staatsrecht II...*, cit., pp. 411-412; Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 104-127; y Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 58.

812 La intervención debe ser final, esto es, dirigirse a la afectación del derecho y no ser una mera consecuencia no buscada de una acción estatal dirigida a otro objetivo distinto, si bien para ello no se atiende a las intenciones subjetivas del órgano del Estado de que se trate. Existe, por ejemplo, una intervención si la Administración disuelve una reunión para evitar que un orador defienda allí una determinada concepción política. No existe, en cambio, una intervención si un poder público corta una determinada calle, y con ello un comercio de esa calle pierde clientela.

813 La intervención tiene que lesionar directamente al derecho fundamental afectado, y no ser una mera consecuencia indirecta, aunque sea intencionada, de la acción estatal. Por ejemplo, si la Administración concede una subvención a una empresa, la empresa de la competencia, que, a falta de subvención, debe elevar sus precios, sería sólo mediata o indirectamente lesionada, al verse obligada a subir sus precios y, con ello, a perder clientes o a reducir sus ganancias; o si una ley sobre horarios de cierre de comercios restringe las horas en que los clientes pueden comprar, éstos sólo resultan

## 2.- La ampliación del concepto

### A) Rechazo del concepto clásico y sentido de la ampliación

Los cuatro criterios<sup>816</sup> que acaban de mencionarse no fueron nunca, en realidad, desarrollados por la doctrina ni la jurisprudencia, y en este sentido puede decirse que no describen ni un determinado momento histórico ni una unidad dogmática<sup>817</sup>. Sin embargo, se deducen claramente de la problemática de la protección de los derechos fundamentales en el proceso contencioso-administrativo a través de una retroproyección histórico-dogmática<sup>818</sup>. En la actualidad, este concepto tradicional de intervención es rechazado por la doctrina por demasiado estrecho y junto a esta intervención en sentido clásico se reconocen otros supuestos de intervención en los derechos fundamentales, resultado de una ampliación(aceptada por la doctrina y la jurisprudencia<sup>819</sup> en general), a partir de 1949, del concepto, haciéndolo extensivo a los actos materiales o

afectados de un modo mediato, pues destinatarios de la medidas son únicamente los comerciantes.

814 La intervención debe ser un acto jurídico dotado de efectos jurídicos y no una conducta de puro hecho, frente a la cual no estaba garantizada la protección de los derechos fundamentales. Debía tratarse de un acto con cualidad jurídica, lo que sin embargo no quiere decir en absoluto relevancia iusfundamental: si un acto jurídico daba lugar a afectaciones de un derecho fundamental, no por ello se trataba siempre de una intervención en los derechos fundamentales. Más bien, se tomaban en consideración sólo los efectos jurídicos específicos del acto en cuestión. Debía tratarse, además, y por otro lado, de un acto estatal que regulase las relaciones jurídicas entre el Estado y el titular afectado del derecho fundamental, lo que era el caso sólo de los actos que estaban dirigidos en sentido material al titular de ese derecho. No se incluían aquí, por ello, ciertos actos de organización, como, por ejemplo, el traslado de autoridades y tribunales.

815 Una intervención se referiría, finalmente, sólo a las obligaciones y mandatos, esto es, a los actos de soberanía unilaterales (ley, reglamento, sentencia, acto administrativo) —y no, por tanto, a las regulaciones convenidas o a los "mandatos" cuya validez dependiese de la colaboración de los afectados— que obligaban al ciudadano a ciertas acciones u omisiones. Y por ello, conforme al principio *volenti non fit iniuria*, no habría intervención en los derechos fundamentales en los casos de renuncia. Ni tampoco en el caso las llamadas relaciones de poder especial, aun tratándose de actos soberanos unilaterales, pues en esas relaciones no habría derechos fundamentales sino que las mismas serían recortadas, y excluidas, del ámbito protegido de los derechos fundamentales, como límite inmanente en sentido estricto (*inmanente Schranke*).

816 Para algunos autores, el concepto clásico de intervención se refería sólo a los actos individuales, aunque ello, como Sachs nos dice, resulta bastante cuestionable. Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 127.

817 Herbert Bethge, "Der Grundrechtseingriff", cit., p. 38.

818 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., pp. 412-413; Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 84, 85 y 98.

819 BVerfGE 6, 273, 278; 13, 181, 185 ss; 30, 227, 243; 52, 42, 54; 66, 39, 60; y 76, 1, 42 ss. Esta ampliación corre pareja a la metamorfosis del Estado de Derecho liberal al social y a la ampliación del contenido garantizado de los derechos fundamentales, desde su contenido jurídico-subjetivo a otro jurídico-objetivo.

efectivos o vía de hecho (*Realakte*<sup>820</sup>, frente a los *Rechtsakte*), a los que falta el carácter de la juridicidad e intencionalidad directa, o a las afectaciones producidas por el Estado sólo indirectamente. Se habla, así, en general, de *mittelbare* (o *faktische*) *Grundrechtsbeeinträchtigungen* o -*Eingriffe* (intervenciones o afectaciones indirectas o fácticas de los derechos fundamentales), concepto genérico éste que engloba en realidad a las intervenciones o afectaciones que no responden al concepto clásico de intervención ni cumplen los cuatro criterios arriba mencionados, siendo problemática y muy controvertida su definición o caracterización más exacta.

Esta ampliación del concepto de intervención a partir de 1949 se explica porque los derechos fundamentales pasaban en la LF a ocupar un lugar central y al individuo le resultaba en realidad indiferente en qué forma o con qué objetivos los órganos administrativos intervenían en sus derechos fundamentales; lo que le importaba era que esa intervención existía. Además, el moderno Estado social iba a desplegar un cúmulo de actividades muy superior al del primigenio Estado liberal de Derecho y ello también explica la expansión del concepto de intervención. Y es que, como se ha destacado, cuantos más puntos de contacto tienen el Estado y el individuo, existen tantas más posibilidades de conflicto entre ellos y cuanta más relevancia adquieren los derechos fundamentales también para las organizaciones, el proceso, la participación y las prestaciones, tanto más se cuestiona la cualidad de intervención también de los actos de organización, estructuración procedimental y las regulaciones de la participación y las prestaciones. Lo cierto y verdad era que, ya antes pero mucho más en un Estado social contemporáneo, un acto que no cumpliera alguno o algunos de los cuatro presupuestos mencionados, podía sin embargo intervenir en los intereses del titular de derechos fundamentales tan intensamente como una intervención en sentido clásico.

Ello explica la ampliación, aceptada por doctrina y jurisprudencia<sup>821</sup>, del concepto de intervención, que en la actualidad ya ha prescindido de los criterios clásicos. Hoy, puede considerarse que estamos ante una intervención en los derechos fundamentales del individuo cuando un poder público hace total o parcialmente imposible, o dificulta<sup>822</sup>, al individuo una conducta que entra dentro del ámbito normativo de un derecho fundamental<sup>823</sup>, siendo indiferente que ese efecto fuese

---

820 Estas intervenciones fácticas no conducen a una regulación vinculante en el ámbito de los derechos fundamentales, sino que impiden o ponen en peligro una actividad protegida por el derecho fundamental.

821 BVerGE 46, 120, 137 ss; 61, 291, 308; 85, 386, 398 ss; 86, 122, 128; BVerwGE 71, 183, 190 ss; 75, 109, 115 ss; 82, 76, 79; 87, 37, 39 ss; 90, 112, 118. Marion Albers, "Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichproblem", DVBl, 1996, p. 234. La jurisprudencia la cito por este último trabajo, p. 234, n. 14.

822 Según Bethge, esta formulación es únicamente una regla empírica, "nada más. De hecho, no bastan afectaciones insignificantes del Estado en un bien iusfundamentalmente protegido contra la voluntad del titular del derecho fundamental". Herbert Bethge, "Der Grundrechtseingriff", cit., p. 40.

823 No obstante, no faltan intentos de solucionar los supuestos de las llamadas

intencionado o no, directo o indirecto, jurídico o no (fáctico, informal), con o sin mandato y coacción, individual (acto administrativo, resolución judicial) o general (ley, reglamento)<sup>824</sup>. Y en caso de que sea general, la norma puede simplemente posibilitar la intervención mediante autorización a la Administración para impedir esta o aquella conducta; entonces, se decide ya qué intervenciones *pueden* afectar al individuo, pero las mismas no tienen lugar. Se incluyen aquí las intervenciones por influencia (*influenzierende Einwirkungen*), con las cuales no se prohíbe un ejercicio de un derecho fundamental, pero la renuncia al mismo lleva anudada una ventaja y también la puesta en peligro de un derecho fundamental pueden, bajo determinados presupuestos<sup>825</sup>, constituir una intervención<sup>826</sup>. El TCFA, en una reciente sentencia, señala, por ejemplo, que el derecho fundamental del art. 2.2.1 LF protege al individuo también contra medidas estatales que sólo mediatamente conducen a una lesión de la vida o la integridad física, si bien la intervención (lesión, dice el TCFA) causada mediatamente o indirectamente debe en todo caso ir más allá de una afectación considerable como socialmente adecuada y ser imputable al Estado por estar prevista normativamente como una consecuencia apropiada de la actividad estatal, por lo cual no puede resultar de la actividad autónoma responsabilidad de terceros ni depender del azar o la providencia y por ello es una intervención *mediata* una norma que sólo admite la donación de un órgano del cuerpo humano irrecuperable (un riñón, en el caso concreto) *cuando procede de determinados parientes o personas próximas al beneficiario y éste depende de una donación*<sup>827</sup>.

---

afectaciones fácticas ya desde la perspectiva del ámbito normativo. Así, destacadamente, el trabajo citado ya de Marion Albers, con el significativo título de "Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem", cit., pp. 233 ss.

824 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 52 y 58.

825 BVerfGE 66, 39, 58; 77, 170, 220.

826 Hans D. Jarass y Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, cit., p. 25.

827 BVerfGE NJW 1999, 3401. La intervención es mediatamente porque su finalidad es más bien evitar el tráfico de órganos y proteger la libre formación de la voluntad de donar. También hay una intervención respecto de las libertades de profesión y de conciencia del médico que se consideraba *profesional y moralmente* obligado a salvar la vida de su paciente y podría hacerlo en el caso de que se trataba, al haber un donante altruista idóneo (pero sin relación familiar), si no fuera por la norma que prohíbe la donación no procedente de personas cercanas y por ser además su conducta punible. BVerfGE NJW 1999, 3403. En cambio, otra norma de la misma ley que establecía que, cuando no había ni consentimiento ni voluntad contraria a donar, los parientes de la persona fallecida podían decidir si donaban o no sus órganos, no era, a juicio del TCFA, una intervención para el otro solicitante de amparo, que era un ciudadano que consideraba que tal norma suponía que si fallecía, en accidente por ejemplo, se podría de hecho producir una donación de sus órganos sin haber consentido en ello, afectando así a su derecho a autodeterminarse como persona y en sus derechos a la vida y a la integridad, y no habría afectación según el TCFA por cuanto que le bastaría con manifestar su voluntad contraria para evitar ese efecto, como la ley preveía (BVerfGE NJW 1999, 3403). Ello resulta discutible, pues lo cierto es que, de un lado, se le obliga a manifestar su voluntad contraria y, de otro lado, puede ocurrir que en el momento decisivo no se tenga constancia de su voluntad contraria (otra cosa es que la intervención esté justificada en atención a su pequeña

Bleckmann considera claro que si el concepto clásico de intervención pudo ser válido para unos momentos en que el Estado en lo esencial actuaba puntualmente y en el ámbito de la administración de intervención, a través del acto administrativo, en los Estados contemporáneos, que tienen importantes tareas de conformación social y económica, ya no lo es, pues la Administración prestacional dispone de nuevos y graves instrumentos, por lo que para que los derechos fundamentales sean efectivamente protegidos, es igualmente preciso desarrollar nuevas categorías. Ello explica que el acento se ponga ahora en el efecto fáctico de la intervención, si bien los criterios tradicionales no han perdido del todo su función, ya que, de lo contrario, una concepción extremadamente amplia de la intervención podría conducir a una verdadera parálisis estatal, aunque el hecho de que esos criterios sean ahora puramente orientativos, y no de concurrencia indispensable, hace tanto más necesaria una determinación precisa de los tipos posibles de intervención<sup>828</sup>.

## B) Problemas que se derivan de la ampliación

En primer término, debe destacarse que, pese a esta expansión conceptual, los criterios "tradicionales" de identificación de las intervenciones en los derechos fundamentales siguen conservando una utilidad no menospreciable, y no han perdido su función, como Bleckmann ha subrayado: siempre que se den esos criterios o presupuestos, habrá que partir también hoy, todavía, de la existencia de una intervención. Ello es especialmente importante, porque, a raíz de la ampliación del concepto de intervención, no se han hallado hasta ahora criterios seguros de delimitación, por lo que la delimitación de la intervención ha sido casi imposible<sup>829</sup>. En este sentido, lleva razón Bethge cuando señala que la extensión del concepto de intervención a las afectaciones equiparadas, próximas y parecidas a la intervención en sentido clásico quita perfil y contorno al concepto de intervención iusfundamental<sup>830</sup>. De este modo, si bien existe consenso en torno al hecho de que no puede clasificarse como "intervención" toda medida que grave de cualquier modo al titular de derechos fundamentales, no existe, en cambio, acuerdo sobre qué presupuestos en particular (gravedad, previsibilidad, fin de la protección, etc.) pueden conceptuarse como elementos característicos de una intervención en el ámbito protegido iusfundamental<sup>831</sup> y en buena medida debe reconocerse que domina la jurisprudencia de situación y la justicia del caso particular. Algunos autores sugieren que, por regla general, más allá

---

intensidad, su finalidad de salvar las vidas de enfermos graves y la escasez de tales órganos).

828 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 413 ss.

829 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 413.

830 Herbert Bethge, "Der Grundrechtseingriff", cit., p. 40.

831 Horst Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", en Horst Dreier, *Grundgesetz* ..., cit., p. 80.

del concepto clásico de intervención, se debería ser tanto más propicio a reconocer una intervención cuanto mayor sea la intensidad de la afectación del derecho fundamental y que también debe atenderse a si la afectación es expresión de aquel peligro contra el que se dirige precisamente el derecho fundamental y a si la actividad afectada es esencial para el ejercicio del derecho fundamental<sup>832</sup>.

Es por todo lo anterior que, como señalan Pieroth y Schlink, la ampliación del concepto presenta también su vertiente problemática. Por un lado, con relación a la inclusión de todas las intervenciones *de hecho*, plantea un problema la determinación de los límites entre aquellas conductas estatales que simplemente *dificultan* el ejercicio de los derechos fundamentales y aquellas que realmente *lo hacen imposible*. Por otro lado, con relación a la inclusión de las acciones *no intencionadas e indirectas* en el concepto de intervención, se trataría no sólo de intervenciones frente a los individuos a los que va dirigida la acción estatal (los llamados destinatarios), sino también frente a terceros respecto a los cuales el actuar del Estado bajo ciertas circunstancias no era ni querido ni tampoco siquiera consciente (terceros afectados). Ambos problemas pueden, además, confluír<sup>833</sup>.

Esta problemática de la ampliación del concepto de intervención, dicen los autores citados, no puede solucionarse con una fórmula tajante. Así como en la diferenciación entre el imposibilitar y el meramente dificultar el ejercicio del derecho fundamental, o en la diferenciación entre la afectación relevante o irrelevante de terceros, se trata de límite entre la afectación y la molestia. Pero este límite es difícil de fijar. Es cierto que existe siempre una intervención si al individuo le es prohibida una conducta protegida por los derechos fundamentales o si es tomada como punto de partida para una sanción estatal. También son intervenciones las declaraciones públicas negativas, que cada vez se hacen más importantes como medidas administrativas; las observaciones y advertencias<sup>834</sup> del Estado que afectan en concreto a conductas protegidas por derechos fundamentales. También lo son las exigencias estatales dirigidas a las

---

832 Hans D. Jarass y Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, cit., p. 25. Richter y Schuppert, siguiendo a Sachs, se refieren también a la intensidad de la intervención como criterio decisivo respecto de las intervenciones que no encajan en el concepto clásico. Asimismo, distinguen variantes de imputación al Estado, según se trate de una afectación imputable sólo al Estado (carácter más amplio de la intervención), o se trate de una imputación del Estado compartida o con un particular (en cuyo caso, si el Estado se ha remitido consciente y voluntariamente a la conducta de ese sujeto, a través de mandatos y prohibiciones o de otro modo, es claro que hay intervención, mientras que cuando no es así habrá que atender a si la afectación es o no consecuencia previsible, y en qué grado, de la actuación del Estado) o con un poder público extranjero (no imputación al Estado generalmente, salvo excepcionalmente en el caso de la extradición). Ingo Richter y Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., p. 14.

833 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 59.

834 La admisibilidad y presupuestos de las advertencias, consejos y observaciones estatales constituyen, según Dreier, el objeto de discusión controvertida en la doctrina. Horst Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., p. 81, n. 336.

actividades privadas<sup>835</sup>.

Por lo demás, debe partirse de que no puede hablarse de una afectación o intervención en los derechos fundamentales con relación a las llamadas "intervenciones bagatela", las molestias cotidianas, o las susceptibilidades subjetivas (*subjektiven Empfindlichkeiten*). Así, el control policial es una intervención frente a aquel a quien se aplica, pero, para aquel que permanece a causa de dicho control en un embotellamiento, no se trata de una intervención sino de algo que pertenece a las molestias cotidianas; la sensibilidad subjetiva del pacifista que se considera afectado por la actividad propagandística del Ejército Federal es nimia; por debajo de una intervención permanece también el envío de una hoja publicitaria junto con el extracto de la cuenta de cheques postales (BVerwGE 82, 29-30 ss.)<sup>836</sup>. Es cuestionable, para algún sector doctrinal, si puede hablarse de intervención en aquellos casos en que el legislador lleva a cabo una conformación de la vida social sin un carácter gravoso claro. Así, en el caso sobre los apellidos el TCFA no aplica, pese al voto particular del juez Henschel, el principio de proporcionalidad<sup>837</sup>. Según algunos autores, ciertas medidas aparentemente interventoras en los derechos son en realidad una garantía de los mismos, y así se afirma que una limitación del número de participantes en una reunión en un lugar cerrado no es una intervención, sino una medida de protección del derecho de reunión para evitar el peligro de sofocación<sup>838</sup>, aunque ello resulta discutible.

Queda abierta también la cuestión de si el legislador puede dar, por ejemplo por medio de la determinación de los valores-límite, el parámetro para saber cuándo se cruza la frontera entre la molestia y la afectación y estamos, por tanto, ante una intervención. Puesto que ello significaría dejar los derechos fundamentales a su disposición, no es compatible con su vinculación a los derechos fundamentales (artículo 1.3 LF). Una cuestión totalmente diferente y a responder afirmativamente es, por el contrario, si los tribunales pueden tomar como base la intervención que, por ejemplo, deriva de la fijación de valores-límite en cuanto que esté jurídico-constitucionalmente justificada al no existir dudas de su justificación jurídico-constitucional y no ser tampoco hechas valer tales dudas por el demandante, con lo que se pone de relieve una dimensión procesal de la cuestión<sup>839 y 840</sup>.

835 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., pp. 59-60. Las advertencias públicas del Estado y las instalaciones privadas fomentadas, selectivamente, por el Estado valen sobre todo para productos, o para sectas, que son peligrosos o son considerados como peligrosos.

836 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 60; Klaus Stern, *Staatsrecht...*, cit., p. 204.

837 Dieter Schmalz, *Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 75.

838 Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 77.

839 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 60. Y así, en el caso de terceros que se consideran afectados en su salud por el permiso de establecimiento de una central nuclear (emisiones radioactivas), el BVerwG toma el artículo 45 StrSchVO (que, con la finalidad objetiva de proteger la salud, establecía una serie de valores-límite) no como parámetro de si existe o no una intervención, sino como intervención jurídico-

Una problemática especial se plantea, por último, con relación a los efectos de los derechos fundamentales entre particulares. Salvo en el caso de algún concreto derecho fundamental al que se reconoce eficacia directa frente a particulares (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*)<sup>841</sup>, en general la jurisprudencia constitucional reconoce a los derechos fundamentales sólo una eficacia indirecta frente a particulares (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*). Ello permite que se siga considerando que sólo los actos estatales pueden constituir una intervención en un derecho fundamental, pues en el caso de que un derecho fundamental no sea respetado en las relaciones entre particulares, la intervención en el derecho fundamental vendrá referida a la sentencias judiciales que no amparen al titular del derecho fundamental<sup>842</sup>.

---

constitucionalmente justificada que determina, en conexión con el art. 7.2.3 de la Ley atómica, los derechos de protección del demandante frente a las emisiones. La demanda hubiese sido admisible sólo si se hubiese hecho valer, bien la lesión de estos derechos determinados legalmente, bien la inconstitucionalidad del § 7.2.3 de la Ley Atómica en relación con el art. 45 StrSchVO en cuanto que crea esos derechos.

840 Y, por otro lado, según Dreier, la intervención en los derechos fundamentales presupone en general una voluntad contrapuesta (actual o subyacente) del afectado: *volenti non fit iniuria*, pero debiendo evitarse aquí el término "renuncia" pues no se trata de un abandono definitivo de una posición jurídica, sino de los (límites del) poder de disposición del individuo sobre sus derechos subjetivos. No todo no-ejercicio de los derechos fundamentales significa renuncia; y por otro lado, se excluye una renuncia general o ilimitada en el tiempo. En caso de duda, hay que someter a la libre voluntad, totalmente decisiva, de la renuncia, incluyendo el conocimiento del alcance de la propia decisión, a exigencias estrictas. Cfr. Horst Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., p. 81. No cabe duda, por otro lado, de que en el caso de algunos derechos fundamentales, el consentimiento de las intervenciones está precisamente protegido como ejercicio de los derechos fundamentales. Ello es especialmente claro en el caso del derecho a la nacionalidad, pero también de la libertad de profesión y la propiedad. Otros derechos fundamentales, como el de protección del matrimonio y la familia, son por el contrario hostiles a toda renuncia (también el secreto de la correspondencia, así como de las comunicaciones postales y las telecomunicaciones, libertad de asociación y sindicación, libertad física). El consentimiento debe, en todo caso, ser voluntario y suficientemente concreto para que el afectado pueda valorar las consecuencias. Por ello, no es posible renunciar en general al ejercicio de un derecho fundamental, sino únicamente a formas concretas de actuación protegidas por derechos fundamentales. Si el consentimiento es causado por la concesión de ventajas, puede existir una intervención por influencia. Más allá de ello, el contenido jurídico-objetivo de un derecho fundamental puede oponerse a una renuncia, especialmente si la afectación es de especial duración y gravedad. En el caso del consentimiento a la afectación por particulares, depende del alcance de la eficacia directa frente a particulares de los derechos fundamentales o del efecto irradiación. Hans D. Jarass y Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, cit., pp. 27-28.

841 Es el caso de la libertad de sindicación, pues el artículo 9.3 LF establece que "los convenios tendentes a restringir o impedir este derecho [libertad de sindicación] serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin", disposición que algunos consideran que sería innecesaria si hubiese un efecto general directo de los derechos fundamentales.

842 Herbert Bethge, "Der Grundrechtseingriff", cit., pp. 13 y 18-19. En efecto, el TCFA sostuvo ya tempranamente que, al desconocer un derecho fundamental, el juez ordinario no sólo desconoce el contenido de una norma objetiva de derechos fundamentales sino que, además, "como titular del poder público, lesiona a través de su



## VI.- FUENTES JURÍDICAS DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1.- ¿Limitaciones por normas de rango superior a la Constitución? En especial, el Derecho comunitario

Sostiene Sachs que el fundamento idóneo para los límites de los derechos fundamentales son aquellas normas jurídicas que disfruten de preferencia frente al derecho fundamental. A causa de su efecto de derogación, las normas preferentes no sólo pueden anular órdenes opuestas de consecuencias jurídicas, sino que también pueden permitir que la norma de rango inferior siga existiendo abreviada en su contenido normativo, con lo cual actúan como límite frente a los derechos fundamentales. El concebir así a las normas preferentes frente al Derecho Constitucional, se contradice, sin embargo, con el rango máximo del Derecho Constitucional, que resulta, como consecuencia esencial, de la propia tarea de la Constitución de ser la ordenación jurídica básica de un Estado. Por ello, la preferencia de otras normas jurídicas frente al Derecho Constitucional relativo a los derechos fundamentales se presenta, *a priori*, como problemática. No obstante, en la doctrina se ha planteado si existe tal preferencia jerárquica con respecto a eventuales normas jurídicas suprapositivas<sup>843</sup>, al Derecho alemán de ocupación<sup>844</sup>, al Derecho de la

---

decisión el derecho fundamental", y procede, por ello, frente a su decisión un recurso de amparo. Esta doctrina del TCFA de la eficacia *indirecta* de los derechos fundamentales frente a los particulares lleva a reconocer un efecto irradiación de los derechos fundamentales, como orden objetivo de valores, en todas las ramas del Derecho, especialmente por medio de las cláusulas generales. Si el juez o tribunal ordinario desconoce la influencia o el efecto irradiación de los derechos fundamentales sobre el Derecho civil, viola él tales derechos. BverfGE 7, 198, 206-207. Véanse, además, por ejemplo, BverfGE 93, 292 y 99, 196.

843 La posible existencia de un Derecho Natural o suprapositivo era "ampliamente aceptada" en los primeros tiempos de la Ley Fundamental, lo que se explica posiblemente por la peculiar y reciente historia alemana, esto es, "la perversión del ordenamiento jurídico existente bajo el mandato nacionalsocialista". El propio TCFA vino a sentar una cierta confusión en su más temprana jurisprudencia, al someter también al Derecho Constitucional (originario) al rango preferente de las normas suprapositivas, lo que sólo puede darse en caso de contradicción evidente con los principios que dominan la justicia (BverfGE 3, 58, 119), lo que, en el marco de una Constitución democrático-liberal, puede considerarse como algo prácticamente imposible (BverfGE 3, 225, 232). Es cierto, además, que el Tribunal Constitucional ha extraído, como correspondía, consecuencias sólo ante actos agraviantes extremos del Estado nacionalsocialista, por ejemplo, la extradición de judíos, que fueron calificados como nulos desde un principio, al margen de su normatividad fáctica durante el "Tercer Reich", y ello sin poner nunca en duda la validez de las disposiciones de la Ley Fundamental. El Derecho suprapositivo ha desempeñado, por lo demás, un papel especialmente modesto como límite de los derechos fundamentales. El único intento de trasladar al TCFA a un fundamento jurídico suprapositivo para que se reconocieran límites a los derechos fundamentales se apoyó en una interpretación de Derecho Natural en la que concurrían posiciones de derechos fundamentales. Pero, como Sachs nos recuerda, el Tribunal Constitucional Federal rechazó con la contundencia deseada un límite del

principio de la equiparación de trato, alegando concepciones de Derecho Natural de la unidad de la familia. Con razón excluye el TCFA, al menos en el ámbito de los derechos fundamentales, recurrir a teorías de Derecho Natural, teniendo en cuenta su multiplicidad. A raíz de esta jurisprudencia sólo queda espacio para los límites a los derechos fundamentales derivados del Derecho suprapositivo en tanto que la validez de un derecho fundamental, sin tener en cuenta el límite cuestionado, implique una contradicción evidente con respecto a los principios de justicia básicos. Sólo cuando los límites, a través de la Constitución, queden por detrás de los límites del Derecho suprapositivo, sería imaginable recurrir a este último. En este sentido, se confirma también, en lo concerniente a los límites de los derechos fundamentales, la idea casi unánimemente reconocida de que la posibilidad teórica de vínculos suprapositivos del Derecho Constitucional en el marco del ordenamiento jurídico vigente de la Ley Fundamental está cubierta por sus correspondencias en el Derecho positivo, y por ello, como tal, carece de relevancia práctica. Por el contrario, pueden seguir siendo relevantes como ayuda para interpretar los límites de los derechos fundamentales contenidos, aunque a menudo de manera incompleta, en la Constitución positiva. Si se piensa en la hipótesis de una reforma de la Constitución existente que aboliese los límites de los derechos fundamentales naturalmente exigidos por los principios fundamentales de justicia, tal posibilidad de reforma chocaría en todo caso con los principios inamovibles de los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental, a causa del artículo 79.3 LF. Sea como sea, en el marco de la Ley Fundamental, no se considera como una fuente jurídica autónoma el hecho de que los límites a los derechos fundamentales se deriven del Derecho suprapositivo. Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 295-297.

844 La LF, dadas las singulares circunstancias históricas en que se gestó, estaba sometida, en primer lugar, al rango preferente del Derecho de ocupación establecido por las autoridades aliadas con motivo de la toma del poder estatal en la Alemania vencida. Y este Derecho de ocupación, "como expresión del poder estatal ajeno", "quedó exento de todo vínculo con la Ley Fundamental, y en especial con sus disposiciones sobre derechos fundamentales" y prevalecía, en caso de contradicción, frente a cualquier regulación legal alemana, incluida la propia Ley Fundamental. De este modo, "la obligación de los órganos del poder estatal alemán de tener en cuenta las disposiciones jurídico-fundamentales de la Ley Fundamental retrocedía frente al vínculo con el Derecho de ocupación que seguía vigente restringiendo la Ley Fundamental". Pero si ello podía plantear ciertamente algunos problemas con relación a los límites a los derechos fundamentales, ya no es así tras el proceso de reunificación de la R.F.A. y la R.D.A., que acabó definitivamente con la prevalencia del Derecho de ocupación sobre la LF. Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 297-298.

845 El Derecho internacional no goza de ninguna primacía, en el ordenamiento jurídico diseñado por la LF, frente a ésta última en su globalidad ni, en particular, frente a los derechos fundamentales por ella garantizados. Todo Tratado Internacional tiene el rango jerárquico de la ley federal de aprobación del mismo y toda aplicación dentro del Estado de un Tratado que no se ajuste a las disposiciones sobre derechos fundamentales estaría prohibida en tanto que lesión de los mismos, siendo la ley de aprobación de dicho Tratado inconstitucional. Sin embargo, como Sachs señala, a través de las reformas a la LF aparecidas en el artículo 4 del Tratado de unificación, ha surgido la posibilidad de que pudiesen darse reformas constitucionales en el marco de un Tratado Internacional, si la ley de aprobación, conforme al artículo 59, ap. 1, frase 1 de la Ley Fundamental satisface, al mismo tiempo, los requisitos del artículo 79 de la Ley Fundamental. Si esto se admitiese, la norma acordada gozaría, en su condición de nuevo Derecho Constitucional, como cualquier otra disposición de la Ley Fundamental, del rango suficiente para operar como límite a un derecho fundamental. En lo que se

términos generales se rechaza, si bien ello resulta menos claro, y más complejo, con relación al Derecho Comunitario, por lo que a ello pasamos a referirnos a continuación con más detalle.

Y es que el Derecho Comunitario plantea aquí una problemática, como dice Sachs, "significativa para el futuro", ante todo. La cuestión está directamente relacionada, obviamente, con la doctrina, desarrollada por el TJCE, de la primacía del Derecho Comunitario, a la que ya nos hemos referido. Pese a la fuerte tradición germánica dualista, el Tribunal Constitucional ha admitido sin dificultades esa primacía tanto respecto de la ley nacional anterior como de la posterior<sup>846</sup>. Pero no ha reconocido el TCFA la primacía del Derecho Comunitario con el carácter absoluto e incondicional con que se la concibe en la jurisprudencia del TJCE. Lejos de ello, dicho Tribunal ha puesto ciertos límites a esta primacía en materia, por lo que aquí interesa, de derechos fundamentales<sup>847</sup>.

En rigor, la primacía del Derecho Comunitario, en cuanto que la misma, en la interpretación del TJCE, excluye todo dualismo (peculiaridad esencial del Derecho Comunitario justamente), debería conducir a privar de aplicabilidad, cuando menos, a los derechos fundamentales de la LF a través de normas jurídicas comunitarias que no se correspondan con los contenidos de reglamentación de la propia Constitución nacional. Como nos dice Sachs, en caso de colisión, los órganos de aplicación del Derecho tendrían que aplicar solamente el Derecho Comunitario, pudiendo y debiendo prescindir de las disposiciones de la LF; y en cuanto al legislador, éste debería también estar autorizado, o incluso obligado, a ello.

Pero si ello puede ser así desde la perspectiva del propio Derecho Comunitario, no parece que pueda llegarse a esa misma solución desde el punto de vista interno. Al menos no en el caso alemán, según la interpretación del TCFA. En este sentido, el TCFA ha puesto ciertos límites a la primacía del Derecho Comunitario con relación, en lo que ahora interesa, a los derechos fundamentales, si bien se observa en este punto una evolución en su jurisprudencia. En una primera fase, dictará el TCFA una, hoy celeberrima, sentencia de 29 de mayo de 1974, conocida como *Solange I* ("en tanto que I"), a cuya doctrina ya nos hemos referido anteriormente [en esencia, el TCFA se declaró competente para llevar a cabo un control de compatibilidad con los derechos fundamentales de la LF de actos de Derecho Comunitario derivado, cuya ejecución correspondía a

refiere a las normas generales del Derecho Internacional Público que, conforme al artículo 25 LF, "son parte integrante del Derecho Federal" y no sólo eso, sino que, además, "tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal", es preciso señalar que dichas normas de Derecho Internacional general no adquieren ningún rango constitucional, ni menos aún un rango supraconstitucional, sino meramente un rango jerárquico superior a las leyes federales ordinarias, pero inferior en cualquier caso a la propia Ley Fundamental, de la que justamente derivan su rango jerárquico-normativo. No son, por ello, ni pueden ser fuente jurídica *supraconstitucional* de limitación de los derechos fundamentales. Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 300-301.

846 BVerfGE 22, 293; 31, 145.

847 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 299.

las autoridades administrativas de la RFA *en tanto que (solange)* el proceso de integración de la Comunidad no llegase hasta un grado de desarrollo tal que el Derecho Comunitario contuviese también una enumeración de derechos fundamentales y se ajustase a la enumeración de derechos fundamentales de la LF<sup>848</sup>, doctrina que venía, en el fondo, a cuestionar el principio de la primacía del Derecho comunitario, por no decir ya la propia legitimidad democrática de la Comunidad]. En una sentencia posterior, de 22 de octubre de 1986, y conocida como *Solange II*, se va a producir un giro jurisprudencial a raíz del cambio de criterio, a su vez, del TJCE en estos años. Y dirá el TCFA en esta sentencia que "en tanto que" las CCEE, y especialmente la jurisprudencia del TJCE, garanticen con carácter general un nivel de protección de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las CCEE equiparable en lo esencial a la protección exigida como irrenunciable por la Ley Fundamental, sobre todo en lo que se refiere al contenido esencial de los derechos fundamentales, el TCFA "no ejercerá su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho Comunitario derivado que se invoque como fundamento jurídico de actos propios de tribunales o autoridades alemanas [...] y por consiguiente, no controlará más ese Derecho con aplicación del parámetro de los derechos fundamentales"<sup>849</sup> de la LF. Lo cual no quiere decir que el Derecho Comunitario derivado no siga sometido a las exigencias constitucionales relativas a los derechos fundamentales, sino simplemente que "esa sumisión no se actualiza procesalmente en tanto sigan dándose ciertas condiciones en el orden comunitario"<sup>850</sup>. Se trata, pues, de una "solución procesal" concedida como demostración de disposición a cooperar y confianza en el TJCE para garantizar los derechos fundamentales<sup>851</sup>.

El TJCE respondería a la confianza brindada con una mayor ampliación de la jurisprudencia acerca de los derechos fundamentales, mientras en la doctrina no faltaron autores que pedían la revisión del fallo *Solange II* y la necesidad de un *Solange III*<sup>852</sup>, pues no quedaba aclarado si el TCFA asumiría su función de control con aplicación del parámetro de los derechos fundamentales alemanes sólo en el caso de que la protección europea de los derechos fundamentales disminuyera, "en general", a un nivel insatisfactorio o también en el "caso aislado" de que el TJCE no corrigiera una vulneración grave a los derechos fundamentales<sup>853</sup>.

En una sentencia ulterior, el fallo "Maastricht", el TCFA, aunque sin renunciar a la fórmula *Solange II*, la modifica considerablemente y confirma su competencia general para garantizar los derechos fundamentales. De ahora en adelante, pretende ejercer esta jurisdicción en una "relación de cooperación" con el TJCE. En esta sentencia se expone,

848 BVerfGE 37, 271, 285.

849 BVerfGE 73, 339, 387.

850 Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez, "El Derecho Comunitario...", cit., p. 363, n. 70.

851 Torsten Stein, "La jurisprudencia constitucional alemana y el Derecho europeo — influencias recíprocas", ADCL, 1996, vol. 2, p. 98.

852 Cfr. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 1589.

853 Torsten Stein, "La jurisprudencia...", cit., p. 98.

en efecto, cómo este último Tribunal garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso y en la totalidad del territorio comunitario y, por lo tanto, el TCFA se limita a una garantía general de los estándares inderogables de derechos fundamentales en el territorio alemán<sup>854</sup>. "Dicho de otro modo, el Tribunal se reserva una competencia residual para el caso de un déficit general de protección y posiblemente para instrumentar una corrección en casos aislados. En relación a esto, el Tribunal menciona que la 'Corte de Justicia Europea y, en cualquier caso, el Tribunal Constitucional Federal ofrece protección de derechos fundamentales'". De hecho, parecería que el Tribunal Constitucional Federal "estaría dispuesto a funcionar en cada caso como última instancia, mientras que la 'relación de cooperación', invocada tantas veces, 'parece más bien una relación de control'"<sup>855</sup>.

Y en tal sentido, el TCFA amplía el concepto de la "posible intervención del poder público en los derechos fundamentales", concepto que él puede revisar. Mientras que antiguamente se negaba a revisar actos soberanos de la Comunidad Europea, ya que éstos no serían actos del poder público en el sentido del artículo 93, inciso 1, núm. 4 a LF, "de ahora en adelante cada acto de poder soberano y público que intervenga en los derechos fundamentales, independientemente de que lo ejerzan titulares de soberanía alemanes o titulares de soberanía de la Comunidad, sería revisado en última instancia por el TCFA. En el fallo *Solange*, el Tribunal se limitaba a la revisión incidental de la legislación comunitaria secundaria en el caso de aplicación por parte de las autoridades alemanas"<sup>856</sup>.

Sachs, por su parte, entiende que la supuesta aplicabilidad, que difiere de la jurisprudencia existente hasta el momento, de los derechos fundamentales también sobre los actos del poder público supranacional con repercusiones para los titulares del derecho fundamental en Alemania no implica ninguna modificación básica. El TCFA aspira para la protección de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental sólo a asegurar su "contenido esencial también frente al poder de soberanía de la Comunidad". Hasta este límite, debe, lógicamente, prevalecer la primacía (al menos, de aplicación) del Derecho comunitario secundario. No obstante, en este punto, el proceso no está en cualquier caso todavía acabado; en especial, queda por saber en qué medida el TCFA recurrirá a la vinculación del poder de integración a "una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial", en el sentido de una

---

854 BVerfGE 89, 155. Un libro exhaustivo dedicado a recoger la sentencia y la amplísima documentación del proceso, con una introducción, es el editado por Ingo Winkelmann, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 12. Oktober 1993. Dokumentation des Verfahrens mit Einführung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, *in toto*; un comentario sobre la sentencia, entre otros muchos, es el de Eckart Klein, "Grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Überlegungen zur Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", en el coletivo Albert Randelzhofer, Rupert Scholz y Dieter Wilke (hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, C.H. Beck, München, 1995, pp. 271 ss.

855 Torsten Stein, "La jurisprudencia constitucional...", cit., p. 100.

856 Torsten Stein, "La jurisprudencia constitucional...", cit., 101.

vinculación también de los poderes supranacionales a los derechos fundamentales que vaya más allá de la posición mínima de la garantía del contenido esencial<sup>857</sup>.

En un reciente Auto de 7 de junio de 2000, el TCFA ha venido a declarar que inadmitirá de plano los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad que aleguen una vulneración de derechos fundamentales por actos de Derecho Comunitario derivado si su fundamentación no pone de manifiesto que el desarrollo jurídico europeo, incluida la jurisprudencia del TJCE recaída tras la decisión *Solange II* ha caído por debajo del estándar de derechos fundamentales requerido, debiendo exponer la demanda o el Auto de planteamiento en detalle que el nivel irrenunciable de protección conforme a la LF no se garantiza con carácter general en el ámbito comunitario, lo que exige una confrontación de la protección de los derechos fundamentales en los planos nacional y comunitario tal como la acometida por el TCFA en *Solange II*<sup>858</sup>. Esto responde, sin duda, a una decidida determinación de evitar todo conflicto con el TJCE, pero, al dejar abierta tal posibilidad, ello influirá en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, al modo de una espada de Damocles, presionando a favor de una tutela suficiente de los derechos fundamentales garantizados en la LF.

## 2.- La interdicción de limitaciones por norma de rango inferior a la ley

Los límites a los derechos fundamentales han de estar previstos en la Constitución, bien de forma directa o bien sólo de una manera indirecta y en esta última hipótesis, que es la de las reservas simples de ley y la de los límites inmanentes *lato sensu* (implícitos), será el legislador el que establezca en concreto esos límites (límites "por la ley" o "con base en la ley"). Lo que queda en cualquier caso excluido es toda limitación autónoma por el poder ejecutivo o el judicial. Estos últimos podrán tener una cierta intervención cuando la reserva lo sea para limitar el derecho "con base en la ley", pero en todo caso carecerán esos poderes (ejecutivo o judicial) de verdadera autonomía, siendo la ley la que fija la limitación al derecho (límites "a través de la ley") o bien los presupuestos bajo los cuales esa limitación puede verificarse (límites "con base en la ley"), sin que la competencia para la limitación pueda corresponder a la discrecionalidad administrativa o judicial. Toda limitación autónoma de derechos fundamentales sin base, directa o indirecta, en la LF queda excluida<sup>859</sup>.

---

857 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 300; cfr., también, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 1589.

858 Citamos la doctrina de este Auto por la exposición de Antonio López Castillo, "Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala Segunda), de 7 de junio de 2000", REDC, núm. 61, enero-abril 2001, p. 351.

859 Sobre ello, véase Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 292 ss.

### 3.- Limitaciones por medio de normas o principios constitucionales

Como Hesse señala, "dado que las garantías de las libertades iusfundamentales se fundan en la Constitución, de igual modo los límites a estas garantías pueden encontrar su fundamento sólo en la Constitución. Debido a la importancia de los derechos fundamentales para el *status* del individuo y para el orden, en su conjunto, de la Comunidad, se trata de tomar en serio la Constitución escrita en la limitación de los derechos fundamentales; y esto tanto más cuando la Constitución escrita regula aquellas posibilidades de limitación no a través de una cláusula general, sino a través de reservas de ley específicas, cuidadosamente escalonadas". Dicho con otras palabras, y sin perjuicio de la problemática que el Derecho Comunitario plantea en este ámbito, las únicas limitaciones admisibles a los derechos fundamentales son aquellas que tienen su fuente en la Constitución y en ella se fundamentan, es decir, aquellas limitaciones orientadas a la protección de otros derechos o bienes constitucionales.

Esto conlleva, sin duda, un límite importante a toda posible limitación a un derecho fundamental, pero al mismo tiempo plantea el problema de la determinación de esos derechos y bienes constitucionales susceptibles de limitar un derecho fundamental, pues ni la LF regula específicamente cuáles son los mismos, sino que han de deducirse de una interpretación global de la misma, ni tampoco, mucho menos todavía, pueden de la misma extraerse unos criterios absolutamente claros e indiscutibles de preferencia. En efecto, como Bettermann ha destacado en un trabajo ya clásico, "la LF ha dado lugar a un galimatías de los límites y no ha construido un sistema de los mismos"<sup>860</sup>, y por ello "no existe

---

860 En efecto, dice Bettermann: "La regulación limitadora de la LF no descansa en una concepción unánime. Adolece más bien de arbitrariedad e incoherencia. Así por ejemplo, nadie entiende por qué están prohibidas las asociaciones, pero no las reuniones, que 'sean contrarias a las leyes penales o que vayan contra el orden constitucional o contra la idea de entendimiento entre los pueblos' (art. 9.II) y por qué, a partir de la literalidad del artículo 8, no pueden tales reuniones ser prohibidas ni por la ley ni con apoyo en la ley, excepto cuando tienen lugar al aire libre. Tampoco puede encontrarse un fundamento razonable al hecho de que, en virtud del artículo 5, la libertad de opinión, incluyendo la libertad de prensa, de radio y de cine, 'encuentre' 'sus límites en las disposiciones de las leyes generales' (apartado 2º), y en las leyes sobre protección de la juventud y el honor, pero no ocurra lo mismo con las libertades de arte y ciencia, investigación y enseñanza (apartado 3º), de las cuales no debe esperarse menos que el respeto a las 'leyes generales' y de los cuales tampoco puede esperarse menos que de los derechos fundamentales del apartado 1º. ¿Cómo se entiende o justifica que el artículo 11.2 permita las limitaciones de la libertad general sólo a través de la ley, no con base en la ley, por más que esta limitación no es realizable? ¿Por qué se admitirá, en esta disposición, la prevención de actos criminales como causa de limitación, y no respecto de otros derechos fundamentales con relación a los cuales la prevención criminal puede justificar en no menor medida una intervención de los mismos? ¿Por qué consiente el artículo 13 el registro del domicilio sólo con causas concretas o con fines particulares, mientras que el artículo 10, en cambio, deja ilimitados el registro de mi correo y otras intervenciones en el secreto epistolar, postal y de las

esperanza de que se puedan determinar los límites de los derechos fundamentales solamente, o de manera satisfactoria, en el mismo tenor literal de la Ley Fundamental. De esta manera se ha impedido elaborar un sistema o una doctrina de los límites que concuerde por completo con los preceptos y las fórmulas de la Ley Fundamental. Cualquier teoría consecuente, o aprovechable en la práctica jurídica, debe inevitablemente chocar con el tenor literal de la Ley Fundamental, ya que su regulación de los límites no es ni consecuente ni practicable. Se puede tratar más bien sólo de desarrollar una teoría que, en primer lugar, atienda a las concepciones y valores básicos de la Ley Fundamental; que en segundo lugar prometa un alto grado de operatividad; y, en tercer lugar, se adapte lo mejor posible al tenor literal de la Ley Fundamental. Entiendo yo aquí por operatividad no sólo un alto grado de exactitud en la determinación de los límites, para que la jurisprudencia disponga de una escala fija y de esta manera justiciable, sino también una delimitación entre libertad y obligación tal que, por una parte, el emperador reciba 'lo que es del emperador' —de la cual necesita para cumplir con su función como poder de protección y Estado social— y que, por otra parte, el ciudadano conserve tanta libertad como se le pueda dejar, sin poner en peligro el bien de la generalidad y de sus conciudadanos, y tanta como se le deba dejar si la República Federal quiere respetar un sentimiento de una comunidad cuyos fundamentos según el artículo 1.2 son los derechos inviolables e inalienables del hombre<sup>861</sup>.

Y es que, en realidad, resulta difícil que una Constitución pueda, sin descender al nivel reglamentario que no le corresponde, regular más allá de unos ciertos criterios orientativos toda la compleja problemática que la limitación a los derechos fundamentales plantea ni tampoco siquiera puede hacerlo el legislador de una manera completamente agotadora, pero ello plantea lógicamente el problema de que, sin embargo, en el caso concreto, el aplicador del Derecho sí ha de determinar y conocer los límites a esos derechos fundamentales. Así se explica que, partiendo de esa regulación un tanto caótica de la LF sobre los límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia alemana, y de su mano la doctrina

---

telecomunicaciones, de manera tal que tales autorizaciones de intervención (aparentes) no encuentran su límite último hasta el artículo 19.II?. ¿Por qué —solamente— los artículos 13.2, 97.2 y 104 exigen expresamente la observancia de las formas legislativas para la intervención que se practique, mientras que sin embargo para otras muchas intervenciones en los derechos fundamentales están prescritas legislativamente también formas determinadas o pueden prescribirse (en el futuro) y entonces —evidentemente— tan exactas son de observar como las formalidades que están reguladas para el registro, el traslado y la remoción del juez, o la privación de libertad? ¿Qué peligrosos malabarismos fueron necesarios para salvar la dificultad de que el artículo 12 I cubra con una reserva de regulación el ejercicio, pero no la elección de profesión y tampoco haya puesto ningún otro límite legal para la libertad de elección de profesión! ¿Por qué limitan las 'buenas costumbres' sólo el libre desarrollo de la personalidad y no también la libertad religiosa y de opinión y la propiedad? ¿Son estas libertades moralmente neutrales o con más valor que las buenas costumbres, así que los titulares las pueden ignorar?". Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., pp. 2-3.

861 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., pp. 2-3.



científica, de las últimas cinco décadas haya hecho unos esfuerzos improbables para aportar sistematicidad y certeza y seguridad jurídica a su regulación jurídico-constitucional de los límites a los derechos fundamentales. Y se ha construido así toda una dogmática, bien compleja, sobre este aspecto tan importante de los derechos fundamentales. Y el compromiso de la jurisprudencia con esta tarea y su contribución a la misma han sido sencillamente determinantes, aun cuando la doctrina del TCFA ha estado especialmente condicionada por la dialéctica de los casos concretos de que conocía.

Pues bien, en las siguientes páginas, aprovecharemos esos esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para tratar de exponer, de una manera lo más sistemática posible, el *status quaestionis* de la regulación por la LF de los límites a los derechos fundamentales y ello pese al carácter hasta cierto punto artificial o forzado de dotar de sistematicidad a una regulación que, en realidad, carece por completo de ella. Pero esto último no debe extrañarnos, pues la interpretación conjunta o global de un conjunto de regulaciones dispersas e inconexas, y a veces contradictorias, para dotarlas de un sistema y posibilitar una aplicación razonable y coherente en la realidad social es, justamente, una de las tareas más características e ineludibles, aunque ciertamente también más complejas, de la ciencia jurídica en cualquier campo, y acaso de un modo acentuado en el ámbito del Derecho Constitucional, al menos en el ámbito de la ciencia del Derecho constitucional, y más todavía en el Derecho alemán.

## **A) Límites constitucionales directos**

### **A') Límites inmanentes en sentido estricto<sup>862</sup>**

#### **a.- Teorías externa e interna de los derechos subjetivos, en especial fundamentales**

Es conocido que la construcción dogmática de los derechos fundamentales puede seguir dos modelos o teorías diversas y contrapuestas: la teoría interna y la teoría externa. Estas teorías tienen su origen ya en el ámbito del Derecho privado<sup>863</sup>, de donde pasaron luego a la

---

862 Los límites inmanentes que aquí vamos a estudiar y que designamos como límites inmanentes *stricto sensu* son los únicos límites verdaderamente inmanentes desde nuestro punto de vista. No obstante, también se utiliza esta terminología de límites inmanentes en la doctrina alemana para designar a otros límites que propiamente no lo son, y a los que más bien habría que llamar límites implícitos. Pero dado que en la doctrina alemana se designa a ambos con la misma terminología, hemos optado por conservarla también en la traducción, aunque a estos límites inmanentes los llamemos "inmanentes en sentido estricto" y a los otros los llamaremos "inmanentes" sólo en un sentido amplio, pero que en realidad no lo son siquiera en ese sentido amplio, sino límites "implícitos". Y sobre todo hemos estudiado a unos y otros separadamente, en contra de lo que ocurre normalmente en la propia doctrina alemana, pues entendemos que son categorías bien distintas y que hay que diferenciar con claridad.

863 La discusión de la teoría interna y la externa puede remontarse, en el ámbito del Derecho privado, hasta el Derecho Romano, y centrada muy especialmente en el Derecho de propiedad. Una buena exposición de conjunto puede verse en Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., pp. 47 ss. La teoría interna es legataria, como

discusión iuspublicística<sup>864</sup>. La teoría interna está ligada más bien a quien da especial importancia a la Comunidad y a la igualdad (como von Gierke o el nacionalsocialismo), mientras que quien tiene una teoría individualista del Estado y la sociedad seguirá más bien una teoría externa (como el temprano Schmitt, Alexy o el concepto romanista de propiedad muestran). Aquí, naturalmente, nos centraremos en su aplicación en el ámbito del

---

Gavara de Cara ha destacado, de la sustentada "por dos miembros de la Escuela de Kiel: Karl Larenz y, sobre todo, Wolfgang Siebert. Este último critica la concepción tradicional de considerar al derecho subjetivo como un poder absoluto de la voluntad. En contraposición al postulado clásico que considera el derecho subjetivo y el deber como dos posiciones jurídicas distintas del sujeto, esto es, ambas categorías se deben unir en una sola posición jurídica subjetiva que denomina *status*. El *status* sería una posición jurídica subjetiva activa como fuente de derechos, y pasiva como fuente de deberes. Según Siebert, el derecho se corresponde con la función social ocupada concretamente por el individuo. Dentro del ámbito de esta función social se van a determinar los límites al ejercicio de dicho derecho. Siebert criticó la denominada 'Aussentheorie' (teoría extrínseca), que sostiene que los límites al ejercicio del derecho deben ser incorporados desde el exterior de la esfera de libertad del sujeto, no pudiendo ser considerados inherentes a ésta. Para Siebert, el límite siempre sería un aspecto interno al propio derecho y, por lo tanto, dicho contenido debía ser determinado a partir del ordenamiento concreto, el cual concede una autorización (*Berechtigung*) de Derecho privado. El derecho en sentido subjetivo es relativo, su contenido dependerá de las circunstancias del caso concreto, siendo determinable a través de una actividad interpretativa y de decisiones judiciales. Siebert, dentro de los planteamientos de la Escuela de Kiel, propugnará que la actividad interpretativa asuma como criterios normativos superiores a los principios de la buena fe y de las buenas costumbres, que serían los nuevos valores que aportaría la teoría jurídica del Nacionalsocialismo". Los límites inmanentes acotan, pues, desde el interior el contenido concreto de cada derecho fundamental, que no resulta así limitado desde "fuera" sino desde él mismo. "En este sentido se identificarían con los límites internos. Sin embargo, estos límites no perderían su carácter inmanente cuando fueran positivizados por la propia Constitución. Su regulación jurídico positiva tan solo tendría carácter declarativo, siendo susceptibles de ser aplicados con independencia de su positivización". Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn)*, CEC, Madrid, 1994, pp. 171-172.

864 Esta discusión se inicia a finales del siglo XIX. Destacan las posiciones de: a) Otto von Gierke, cuyo posicionamiento no resulta completamente claro; b) el Carl Schmitt temprano de la "Teoría de la Constitución", defensor claro de la teoría externa por medio de su principio de distribución, según el cual la libertad del individuo es anterior al Estado y es, en principio, ilimitada, mientras que la facultad interventora en la libertad individual por parte del Estado es limitada en principio y, como Borowski subraya, es claro que esa "libertad en principio ilimitada del individuo hay que interpretarla en el sentido de derechos fundamentales *prima facie*", característicos de la teoría "externa"; y c) Smend, quien con su comprensión de las leyes generales como límite de la libertad de expresión en el sentido de leyes que protegiesen bienes sociales de mayor importancia que dicha libertad, propuso la ponderación (que rechazará, en cambio, Schmitt) como criterio limitador de la libertad de expresión, siguiendo así claramente la teoría externa. El Tercer Reich adoptó una teoría interna. El TCFA, y la doctrina dominante después de la LF, adoptaron una teoría externa, sin perjuicio de que se defiende en ciertos casos la existencia de algunos "límites inmanentes". Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., pp. 54 ss.

Derecho Constitucional, y en particular en el marco de los derechos fundamentales:

a.- *La teoría externa*: Según esta teoría, debe distinguirse el derecho de sus límites. El derecho *prima facie* o derecho "en sí" puede ser sometido a ciertos límites, que deben diferenciarse del derecho "en sí"; y el derecho con el contenido que resulta de esos límites es el derecho definitivo o, si se prefiere, el derecho ya limitado y que es judicialmente exigible. En el primer caso, suele hablarse de ámbito (inicialmente) protegido del derecho, y en el segundo de ámbito definitivamente protegido de ese mismo derecho. En la doctrina civilista, se discute si es limitado el derecho mismo o sólo su ejercicio. Y los derechos tienen límites porque, aunque idealmente fueran imaginables sin ellos, no lo son en el mundo real, donde no pueden existir al mismo tiempo con todo su alcance, por lo que alguno de esos derechos *prima facie* tiene que retroceder en los casos de colisión con otros bienes, valores o derechos.

b.- *La teoría interna*: Según esta teoría, desde el principio existe sólo un derecho con un determinado contenido. No hay, a diferencia de lo que sostiene la teoría externa, dos objetos diferentes, el derecho y sus límites, sino sólo uno, el derecho, aunque éste lleve anexos *a priori* unos límites internos. El contenido final del derecho está determinado *desde el principio*, resulta "de sí mismo", "de la naturaleza de la cosa", "de la esencia de la cosa misma". El proceso de aplicación del Derecho tiene la tarea de examinar el contenido aparente del derecho, para determinar si representa el verdadero contenido del mismo. La frontera entre el contenido aparente y el verdadero de un derecho es designado como límite inmanente. Y no puede establecerse ningún paralelo con la teoría externa en cuanto que el derecho aparente no representa para los seguidores de la teoría interna ninguna posición jurídica, sino únicamente un fenómeno en el marco del conocimiento de lo jurídicamente debido<sup>865</sup>.

Estos conceptos de la teoría interna y la externa son sólo en contadas ocasiones aplicados en la jurisprudencia y la doctrina alemanas. Únicamente en algunos trabajos se establecen claras diferencias teórico-estructurales. En la mayoría de los casos, se presupone una determinada estructura de los derechos fundamentales sin mayor discusión. Pero ello no debe impedirnos reconocer que se trata de uno de los aspectos más importantes de la estructura dogmática de los derechos fundamentales. Lo que es característico de las teorías internas es que defienden la existencia de límites internos o "inmanentes" a los propios derechos.

## **b.- Variedad de concepciones**

El problema principal que plantean los límites inmanentes a los derechos fundamentales es que, mientras alguna jurisprudencia<sup>866</sup> y cierta

<sup>865</sup> Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., pp. 29 ss.

<sup>866</sup> Aparte de alguna jurisprudencia ulterior, a la que luego haremos cumplida referencia, en un primer momento el TCFA pareció seguir la teoría interna y así, con relación al derecho a la libertad de la persona, se dice que "es garantizado, desde el

doctrina, aunque con diversas variantes, sostiene que ciertos límites generales a los derechos fundamentales resultan, no "desde fuera" de estos derechos, sino ya de la delimitación del "tipo" iusfundamental<sup>867</sup>, otros autores consideran, por el contrario, que la categoría de los límites constitucionales "inmanentes" es, en sí misma, inadmisibles y las hipotéticas limitaciones sólo pueden ser tratadas como límites externos a los derechos fundamentales. Pero ocurre, además, que el concepto de "límites inmanentes" es "notoriamente confuso"<sup>868</sup> en la doctrina y bajo un mismo *nomen iuris* se ocultan concepciones bien diversas y con alcance también distinto, por lo que se impone aquí una cierta clarificación.

A fin de no dejarse confundir por la terminología, Borowski considera que, en realidad, dentro de las diversas teorías que hablan de límites inmanentes debe diferenciarse según que los mismos: (1) operen en el nivel del ámbito protegido del derecho; o, en cambio, (2) operen en el nivel de los límites al derecho; y, en el primer caso, debe distinguirse según que se admita la existencia, junto a los límites inmanentes, de límites externos (1a) o, por el contrario, se sostenga que los derechos sólo tienen límites inmanentes (1b). Veamos cada caso separadamente:

(1a) En el caso de límites inmanentes que operen en el nivel del ámbito protegido del derecho, pero se admita la existencia de límites externos, aunque algunos autores consideran que hay una "forma de transición gradual entre la teoría interna y la teoría externa" (Eckhoff), según Borowski estamos en realidad ante una teoría externa pues el ámbito protegido no se identifica con el ámbito definitivamente garantizado, como exige una teoría interna. Lo que sí ocurre es que quien defiende la existencia de límites inmanentes junto a los externos, y *aplica los primeros al nivel del ámbito protegido*, sigue una teoría estrecha acerca del "tipo" o ámbito normativo.

(1b) En cambio, si se admite la existencia de límites inmanentes, pero con carácter exclusivo, sin que haya límites externos, y también se aplican esos límites inmanentes al nivel del ámbito protegido, entonces se estará siguiendo una teoría interna.

(2) Si se habla de "límites inmanentes" pero se les hace operar en el nivel de los límites, como Borowski destaca, en realidad tales límites, pese a la terminología, no se diferenciarían estructuralmente de los límites externos. La diferencia estaría más bien en la razón de la restricción: mientras que un grupo o conjunto de razones conducen a límites inmanentes, otro grupo de ellas conducirían a límites externos. Pero en ambos casos se trata, en realidad, de límites estructuralmente externos que recortan en su contenido una amplia posición jurídicamente

---

principio, sólo con esta limitación" [BVerGE 1, 418, 420] o, con respecto a la libertad general de acción, se dice que este derecho existe "desde el principio sólo en cuanto que no lesione los derechos de otros y no contradiga el orden constitucional o la ley moral" [BVerfGE 4, 7, 15]. Pero son éstas sentencias aisladas, en medio de una copiosa y más que consolidada jurisprudencia seguidora, en términos generales, de la teoría externa.

867 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 403.

868 Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., p. 59.

garantizada. La razón para la restricción en el sentido de la teoría externa puede variar según la posición preferida en la teoría de los derechos fundamentales. Pero desde el punto de vista de la dogmática de los derechos fundamentales ello no es decisivo. Tampoco aquí son el ámbito protegido y el ámbito en efecto garantizado necesariamente idénticos. También si se designa como límite interno un límite que recorta en su contenido un derecho *prima facie*, se trata en realidad de un límite en el sentido de la teoría externa, en el sentido de la diferencia estructural fundamental entre las teorías internas y las externas. Además, en cuanto que esos límites inmanentes operan en realidad en el nivel de los límites y no en el del ámbito protegido, se trata de una teoría externa que sigue además una concepción amplia del "tipo"<sup>869</sup>.

Resulta, de este modo, según Borowski, que hay tres posibles teorías acerca de la estructura de los derechos fundamentales considerados desde sus límites: (1) la teoría interna; (2) la teoría externa en forma de "tipo" iusfundamental estrecho; y (3) la teoría externa en forma de "tipo" iusfundamental amplio<sup>870</sup>.

Seguir una teoría interna o una externa tiene consecuencias en el método de examen de los derechos fundamentales, pues quien sostenga una teoría interna no acudirá a un examen escalonado en dos o tres niveles sino que, en la medida en que siempre se tratará simplemente de una determinación del contenido verdadero del derecho, sólo habrá un nivel o paso de examen. En el caso de la teoría externa, por el contrario, se determina en un primer nivel si resulta aplicable un derecho fundamental *prima facie*, y sólo después se valoran los intereses de otros individuos o de la comunidad que eventualmente colisionen con ese derecho *prima facie* como razones en contra de la posición *prima facie* del titular del derecho fundamental como posición *pretendidamente* definitiva. Para esa valoración es necesario tener en cuenta toda una serie de premisas empíricas, analíticas y normativas. El proceso de valoración y ponderación debe hacerse así explícito, y se somete a la crítica, haciéndose de este modo controlable. Lo que gana, así, la racionalidad en la fundamentación en un ámbito tan ideologizado como el de la dogmática de los derechos fundamentales, no puede minusvalorarse pues "una teoría interna no conduce necesariamente a la pseudofundamentación, pero sí permite más fácilmente abusar de la pseudofundamentación"<sup>871</sup>.

### c.- Posiciones favorables en la doctrina y la jurisprudencia

En lo que sigue, vamos a referirnos a algunas de las más importantes posiciones favorables adoptadas por la doctrina sobre este punto, esto es, partidarias de la existencia de límites inmanentes, aunque con distinto alcance en cada caso, en la LF.

869 Seguimos la exposición de Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., p.37.

870 Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., p. 38.

871 Martin Borowski, *Grundrechte als ...*, cit., p. 46. Y sobre otras diferencias véase *ibidem*, pp. 40 ss. y 47.

(1) La problemática de los límites inmanentes se plantea ya, por lo pronto, con relación a determinadas regulaciones expresas añadidas a la garantía de un determinado derecho fundamental para excluir sus efectos en determinados supuestos, cuya naturaleza resulta doctrinalmente muy controvertida, pues según algunos constituyen una delimitación del ámbito normativo del derecho fundamental en cuestión (1), para otros se trataría de una limitación inmanente (2) y para otros, en fin, estaríamos ante una limitación externa, y no interna, del derecho (3).

Acaso el caso paradigmático de estas regulaciones constitucionales, tan controvertidas en cuanto a su naturaleza, a que venimos refiriéndonos, venga constituido por la exigencia del artículo 8.1 LF, con relación al derecho fundamental de reunión, de que las reuniones sean "pacíficas" y "sin armas"<sup>872</sup>. La cuestión, a nuestro modo de ver, debe plantearse en los siguientes términos. Supongamos que se produce una prohibición de una reunión por no ser "pacífica" o "sin armas"; o bien se niega el derecho de objeción al servicio militar por no venir referida dicha objeción al servicio militar "con armas"; o bien, pongamos por caso, de cualquier intervención en el derecho a informarse cuando no tiene lugar "en las fuentes accesibles a todos". En este tipo de supuestos, ¿hay que excluir todo examen iusfundamental por tratarse de que no tienen cabida, ya de entrada, en el ámbito normativo del derecho y no cabe plantear si se trata de una limitación del derecho fundamental correspondiente porque se trata de supuestos que, de entrada, ya no tienen relevancia con relación a los derechos fundamentales? ¿O, por el contrario, ese supuesto sí ha de tener cabida, en principio, dentro del derecho correspondiente y ha de comprobarse si la limitación cuestionada es una limitación legítima --en unos términos que se verán más adelante en detalle-- desde la perspectiva constitucional, al derecho que se considera afectado? Pues bien, existen varias posturas en la doctrina alemana sobre esta problemática, que pueden reconducirse a dos básicas.

Algunos autores entienden que estamos ante una delimitación del ámbito normativo del derecho fundamental de que en cada caso se trate. En este sentido, entiende Hesse que estas "eventuales disposiciones normativas complementarias que estén contenidas en la propia garantía

---

872 Pero no es éste el único caso. Una problemática parecida plantean las previsiones restrictivas del artículo 4.3 LF de que el derecho fundamental a la objeción al servicio militar lo sea al servicio militar "con las armas"; o la del artículo 5.1 LF en el sentido de que la libertad de información tenga lugar "en las fuentes accesibles a todos"; o la restricción del derecho de los niños a no ser separados de la familia sólo en virtud de una ley cuando los encargados de su educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo, a los supuestos de separación "contra la voluntad de sus padres" (artículo 6.3 LF); o el derecho de los maestros a no ser obligado a dar clases de religión "contra su voluntad" (artículo 7.3 LF); o la exigencia de que la persecución para ejercer el derecho de asilo tenga carácter político (artículo 16.1 LF); o también, en principio, la exigencia de que, con relación al derecho de constituir asociaciones, éstas no tengan fines o actividades "contrarias a las leyes penales, o que vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea de entendimiento entre los pueblos" (artículo 9.2 LF).

del derecho fundamental" se incardinan en el llamado "radio de acción" de los derechos fundamentales<sup>873</sup>, es decir, en su ámbito normativo<sup>874</sup>, y ésta es también la tesis de un importante sector de la doctrina<sup>875</sup>. Así, Bolz

---

873 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 139. Y distingue aquí Hesse entre este radio de acción y el "ámbito normativo" de los derechos fundamentales, aunque no resulta clara esta distinción o, al menos, ha sido diferentemente interpretada en la doctrina. Así, Pieroth y Schlink consideran que el "ámbito normativo" en Hesse corresponde al ámbito recortado por la norma iusfundamental de la realidad de la vida como objeto de protección (que llaman "ámbito protegido"), y no al ámbito vital para el que vale el derecho fundamental y en el cual es determinado en primer lugar el "ámbito protegido" (que llaman "ámbito de regulación"). Pero Sachs interpreta a Hesse en sentido justamente inverso y considera, y a nuestro modo de ver en la correcta interpretación de su texto, que con el "ámbito normativo" designa Hesse a lo que Pieroth y Schlink llaman "ámbito de regulación", no "ámbito protegido". Sobre ello, véase Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 19, n. 49; y Bodo Pieroth, y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 50. Como dato objetivo, puede destacarse un fragmento de los *Grundzüge...* de Hesse, que es el que seguramente ha dado lugar a la controversia y que ha sido citado ya al hablar de la configuración de los derechos fundamentales en la parte general, texto al que nos remitimos.

874 Hesse, no obstante, parece introducir un matiz al decir que nos encontramos ante "*límites inmanentes*" (cursiva suya) pero ello no parece variar su concepción de estas disposiciones como integrantes del ámbito normativo, y señala por ello que esos por él llamados "límites inmanentes" "hay que determinarlos a través de la interpretación", advirtiendo asimismo de que la cuestión acerca del radio de acción de un derecho fundamental "hace necesario un cuidado análisis del 'ámbito normativo', una tarea que a menudo se ignora y es pasada por alto precipitadamente en favor de la cuestión acerca de otros límites. Con frecuencia se dejan de resolver, por ello, problemas de derechos fundamentales ya en la base de tal análisis, y se deja entonces de plantearse la cuestión de si un derecho fundamental está limitado desde otros puntos de vista" (Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 140). Con todo, a la confusión de la terminología utilizada se suma el tratamiento de la cuestión en sede de limitación a los derechos fundamentales, lo cual no parece variar el dato fundamental de que esos "límites inmanentes" los incluye Hesse en el ámbito normativo. Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 140. En sentido idéntico, Klaus-Dieter Borchardt, "Bundesrepublik Deutschland", cit., p. 165. Esta última terminología de Hesse cuando habla de "límites inmanentes" la considera Lerche equívoca, en cuanto que estas "limitaciones" tienen "justamente naturaleza explícita". Pero, dice dicho autor, podrían darse lo que llama limitaciones "inmanentes (al objeto)" [(*Sach-)inmanente Grenzen*], y ésta es la correcta fundamentación de la idea de inmanencia, allí donde el "centro intrínseco" de la garantía del derecho fundamental, es decir, no otra cosa que su sentido y finalidad, se dejan encerrar en unas delimitaciones "intrínsecas" (es decir, del tipo o supuesto de hecho del derecho fundamental) del ámbito material que no aparecen en la literalidad o sólo lo hacen de modo insuficiente, pero se diferencian también de las restricciones agregadas de forma separada desde el primer momento, como por ejemplo aquellas por causa de colisión con otras normas. Peter Lerche, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff", en Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch...*, cit., p. 747.

875 Así, Borchardt afirma que "no se trata aquí, en sentido estricto, de restricciones a los derechos fundamentales, sino, más bien, de definiciones constitucionales directas del ámbito objetivo de validez de una disposición sobre derechos fundamentales" (Klaus-Dieter Borchardt, "Bundesrepublik Deutschland", cit., p. 166) y Schnapp, por su parte, considera que estamos ante "descripciones constitucionales directas del radio de acción objetivo de la garantía" iusfundamental. Dreier habla de "restricciones del ámbito protegido" derivadas claramente del texto de la Constitución desde un principio (Horst

considera incomprensible que se pueda pretender considerar a estas regulaciones constitucionales como límites exteriores al derecho, lo que llevaría al absurdo, por ejemplo, de que la LF proteja una libertad general, ilimitada de reunión, que más tarde es limitada, a través de medidas estatales, a las reuniones pacíficas. Se trata más bien, a su juicio, de una restricción establecida ya por el propio constituyente a la garantía del derecho fundamental con carácter previo por medio de una ponderación vinculante de intereses que delimita, así, la validez del objeto protegido<sup>876</sup>.

Sachs estima, también, que tales regulaciones complementarias a la garantía del derecho fundamental forman parte del "tipo" del derecho fundamental pues el concepto de "tipo" está, como concepto formal, abierto en igual medida a todo resultado de la interpretación. Si, con relación a un determinado derecho fundamental, existen varios presupuestos unos junto a otros para la producción de efectos del derecho fundamental, parece en principio obligado extender el "tipo" iusfundamental a esa pluralidad de presupuestos, en lugar de reducirlo a uno de ellos<sup>877</sup>, pues de lo contrario no podrá servir funcionalmente como primer nivel del examen de los derechos fundamentales<sup>878</sup>. Y considera, asimismo, que es indiferente que se trate de regulaciones complementarias que establezcan requisitos positivos o negativos<sup>879</sup>. Algunos autores, incluso, consideran como integrantes delimitadores del "tipo" del derecho fundamental no sólo a las regulaciones complementarias que se contienen en la propia disposición de garantía del derecho fundamental, sino también a otras que se encuentren en otras normas. Ello es rechazado expresamente por Sachs, quien limita el concepto de "tipo" iusfundamental a las condiciones o presupuestos contenidos en el propio principio de garantía, no debiendo tomarse en consideración todas las demás disposiciones constitucionales, ni siquiera en el caso de que "contengan condiciones necesarias para la producción de efectos jurídicos del derecho fundamental". Esta separación de unos presupuestos y otros hay que "aceptarla", nos dice Sachs, para conservar un "punto de referencia textual claramente delimitado"<sup>880</sup>.

Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., p. 84). También Mangoldt y Klein parecen incardinarse en esta postura. Distinguen estos autores en su obra entre los por ellos llamados "límites de la garantía" y los límites de la reserva. Los primeros se identificarían con los límites "inherentes" o "inmanentes" al tipo (supuesto de hecho) iusfundamental y entre ellos incluyen a la expresión "sin armas" del artículo 8.2 LF con relación al derecho de reunión (artículo 8.1 LF). Cfr. Christian Starck, Hermann v. Mangoldt und Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., p. 121. Esta formulación se encuentra ya en la edición anterior de Mangoldt y Klein, hoy actualizada por Starck. Sobre la acogida de esta distinción en la doctrina suiza, véase Marcel Bolz, *Das Verhältnis der Schutzobjekt...*, cit., pp. 87 ss.

876 Marcel Bolz, *Das Verhältnis der Schutzobjekt...*, cit., pp. 97-98.

877 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 20.

878 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 24.

879 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 20.

880 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 25. Entiende por principio de garantía del derecho la disposición constitucional que regula los efectos del derecho fundamental, y que unas veces es todo el artículo (como en el artículo 17 LF), otras un apartado (como en el artículo 11.1 LF), otras una simple frase (como en el artículo 2.1, frase 2 LF), otras media frase (como en el artículo 2.1, primera mitad de la



(2) Entre los autores defensores de la existencia de límites inmanentes, más allá de esas regulaciones complementarias que se contienen en la propia disposición de garantía del derecho fundamental, destaca Häberle, creador de la variante más importante de una teoría institucional de los derechos fundamentales. Este autor ha desarrollado una teoría amplia de los límites inmanentes según la cual el legislador nunca "interviene"<sup>881</sup> en los derechos fundamentales, y se hace, por ello, necesaria la "liberación del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales del elemento de intervención y de restricción". Puesto que los derechos fundamentales se insertan en el conjunto del orden constitucional y son, por ello, limitados por todos los bienes constitucionales que se oponen a la realización plena de los derechos fundamentales<sup>882</sup> y sólo son garantizados por la Constitución, desde un

---

frase) o una unidad de sentido dentro de una variedad de principios de garantía de derechos fundamentales (como el artículo 2.2 frase 1 1 y 2 Alt. LF). Y no siempre puede determinarse cuál ha de ser la unidad textual a tomar en cuenta sin valoración del contenido. En especial, cuando los presupuestos según la construcción clásica de las normas son separados en una frase condicional, como en el artículo 20.4 última mitad de la frase ("Contra cualquiera que intente derribar ese orden [definido por el artículo 20 en sus tres primeros apartados] les asiste a todos los alemanes el derecho a la resistencia *cuando no fuera posible otro recurso*"), puede ello permitir considerarlos como parte del principio de garantía, siendo para ello decisivo no sólo la formulación positiva o negativa de la norma, que puede además ser dudosa, sino también la (falta de) separabilidad objetiva respecto del derecho garantizado en el sentido de una ruptura de la garantía regularmente válida, como se da por ejemplo en el artículo 12.2, mitad de la frase 2 ("Nadie podrá ser obligado a un trabajo determinado, *salvo en cumplimiento de un servicio público normal, de orden general e igual para todos*"). Deben examinarse como parte del tipo sólo los presupuestos de la eficacia jurídica incluidos en el correspondiente principio tomado como base en la garantía del derecho fundamental, sin tomar en consideración el resto de los componentes de la misma disposición, así como el resto de las disposiciones constitucionales en el marco de tipo iusfundamental. También aquí son excluidos presupuestos posiblemente necesarios para la producción de efectos del derecho fundamental como los sugeridas, según la interpretación que prevalece, con relación al artículo 9.2 LF o son imaginables con relación a la interpretación estricta del libre desarrollo de la personalidad para el artículo 2.1, segunda mitad de la frase. Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 26.

881 "Si el legislador en el ámbito de los derechos fundamentales actúa de modo que o bien fija los límites esenciales de los derechos fundamentales o conforma (ejecuta) los derechos fundamentales, si actúa generalmente de modo determinador de los derechos fundamentales —de determinación se habla aquí junto a Hauriou y Kaufmann—, se explica así que ni 'restrinja' (einschränkt) y 'limite' (beschränkt) ni 'intervenga' en los mismos. Llevado hasta el final, ello significa, por el contrario, que están vedadas al legislador 'intervenciones', 'limitaciones' y 'restricciones' de los derechos fundamentales; serían lesión de los derechos fundamentales y de su contenido esencial. No hay ninguna restricción conforme a Derecho; las intervenciones son antijurídicas, son inadmisibles jurídico-constitucionalmente. En ningún caso puede el legislador disponer del 'contenido objetivo' de un derecho fundamental. Las reservas de ley no autorizan en ningún caso intervenciones en el 'contenido propio' de los derechos fundamentales; tampoco está, en ninguna parte, la actividad legislativa en oposición jurídica o lógica a la garantía de los derechos fundamentales". Peter Häberle, *Die Wesenhaltsgarantie...*, cit., pp. 222-223.

882 Según Häberle, al legislador no debe vérselo como enemigo de los derechos fundamentales. "Las garantías de los derechos fundamentales tienen por ello un doble

principio, en el marco de los límites señalados por otras disposiciones constitucionales, incluidas las reservas de ley, no puede el legislador intervenir desde fuera en los derechos fundamentales. Entiende Häberle que la reserva de "ley general", prevista en el artículo 5.2 LF para la libertad de expresión, es también inmanente al resto de los derechos fundamentales, gozando esas leyes generales de rango constitucional en cuanto legitimadas por la Constitución con igual o superior rango que el derecho fundamental afectado. El contenido y límites de cada derecho fundamental debe determinarse desde la totalidad de la Constitución, mediante una ponderación de bienes a partir del sistema de valores objetivos de la LF, no siendo admisible una ley que limite un derecho fundamental más allá de lo que venga exigido por un bien jurídico de igual o mayor rango. Y es que Häberle entiende el concepto de "ley general" en sentido material<sup>883</sup>, conforme a la concepción de Smend y Kaufmann, de manera que los límites de los derechos se hallan en los valores de la sociedad, el orden y la seguridad públicos, los derechos concurrentes y las libertades de terceros, concretados todos ellos por la ley<sup>884</sup>. Por ello, todos

---

contenido. De un lado, implican la prohibición de dañar al derecho fundamental —en tanto son límites para el legislador—, por otro lado, contienen el mandato dirigido al legislador de conformar cada derecho fundamental en particular —en tanto son el objeto de la legislación, contienen un encargo jurídico-constitucional para el legislador. Por razones históricas, se puede haber colocado la prohibición que subyace a los derechos fundamentales en el centro de los intereses teórico-constitucionales, mientras que al mandato de conformación se le ha presupuesto con frecuencia como evidente. Más correcto sería ceder decisivamente al mandato de conformación, puesto que éste contiene también la prohibición de lesionar el derecho fundamental: Cualquier legislación que conforme un derecho fundamental de manera no acorde al ideal, infringe esta prohibición. La regla de un mandato de conformación contenido en los derechos fundamentales y dirigido al legislador no significa, pues, de ningún modo una renuncia a la prohibición de lesionar los derechos fundamentales en su contenido jurídico-constitucional. La fuerza vinculante de la Constitución no sería, por ello, sacrificada en pro de la competencia normadora del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales". Peter Häberle, *Die Wesenhaltsgarantie...*, cit., p. 182.

883 Según Smend, que planteó la distinción entre la concepción material y la objetiva de las "leyes generales" en el marco de su interpretación del artículo 118 de la Constitución de *Weimar*, una ley sería "general" en sentido formal u objetivo cuando no contuviera "limitaciones legales especiales, justamente de las manifestaciones de la opinión" [con relación a la libertad de opinión]; y sería una ley "general" en sentido material cuando esa ley tuviera prioridad frente al derecho fundamental (a la libertad de opinión) porque el bien social por ella protegido es más importante que el derecho fundamental (a la libertad de opinión).

884 Esta necesidad de ponderación para la determinación del contenido y límites de los derechos parece un elemento extraño a una teoría inmanente y podría dar a entender que la teoría de Häberle puede verse como teoría "externa", pero no es así, como se deduce de la lectura de su obra. No sigue tampoco, por lo demás, el esquema intervención-límites. Véase, en este sentido, el análisis de Martin Borowski, *Grundrechte als...*, cit., pp. 209 ss. La relación entre el derecho fundamental y sus límites no responde, en la concepción de Häberle, al esquema regla-excepción. "La degradación del legislador al 'legislador excepcional' no es, evidentemente, ninguna casualidad: se desacredita su actividad de antemano, de modo que se la considera como 'intervención' o 'restricción' y se la contrapone a los derechos fundamentales". Häberle, *Die*

los límites admisibles a los derechos fundamentales conforme a esta ponderación serían inmanentes a los derechos fundamentales, y de este modo la Ley no limita en realidad los derechos, no interviene en ellos, sino que contribuye a su realización.

(3) En cuanto a la jurisprudencia constitucional, ha entendido el *Bundesverfassungsgericht* en una temprana jurisprudencia, con relación al derecho fundamental a la "libertad de profesión", que en el concepto de "profesión" se incluyen solamente las actividades "permitidas"<sup>885</sup>, con lo cual parece entender el Alto Tribunal que, al menos con relación al concepto de "profesión", nos hallamos ante un límite del ámbito protegido del derecho, pero no ante una verdadera limitación al derecho fundamental. Ello resulta fácil deducirlo de la doctrina expuesta, pues si las actividades prohibidas por la ley no pueden incluirse, ya desde un primer momento, en el concepto de "profesión" de la libertad iusfundamental del artículo 12 LF (libertad de elección de profesión), es claro que no nos hallamos ante un límite a dicha libertad, sino más bien ante un problema previo de delimitación del ámbito normativo del derecho fundamental<sup>886</sup>.

(4) Merece también aquí destacarse una sentencia del Tribunal Federal Administrativo, en la que dicha máxima instancia jurisdiccional en materia administrativa va a aplicar los llamados "límites inmanentes" en sentido amplio (esto es, otros bienes o valores constitucionales) —a que después nos referiremos y que no son realmente inmanentes, sino "implícitos"— a un derecho, como es el derecho a la libertad de profesión del artículo 12 LF, que está sometido a reserva de limitación por la LF, rompiendo así con un principio generalmente aceptado en la doctrina y la jurisprudencia alemanas en el sentido de que los límites inmanentes *lato sensu* sólo son aplicables a los derechos para los cuales la Constitución no prevé específicamente unos límites ni se remite tampoco, mediante reserva de ley, al legislador para que los fije. Ése era, como señala Bacigalupo, hasta ahora, el ámbito natural, aceptado de modo generalizado, de aplicación de los derechos fundamentales y con el que viene a romper la sentencia citada, extendiendo su aplicación a los derechos sometidos a reserva de limitación. Pero lo que es más grave, y también lo que nos

---

*Wesengehaltsgarantie...*, cit., pp. 195 ss. Una interpretación aparentemente diversa de Häberle es la de Alexy: "la generalidad material es una cuestión de precedencia y ponderación. Pero, esto significa que la teoría de la generalidad material no puede ser una teoría estrecha del supuesto de hecho [tipo]. Para lograr una ponderación, la conducta que hay que ponderar tiene, por lo pronto, que estar abarcada por el derecho fundamental. Tiene que estar protegida *prima facie*. Pero, esto significa que cae en el ámbito protegido. El concepto de generalidad material es un concepto de resultado que depende de la ponderación. Representa el resultado de una ponderación entre las razones que deben ser adscriptas al costado del supuesto de hecho [tipo] y las razones que deben ser adscriptas al costado de las restricciones en contra de una protección definitiva iusfundamental". Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 307.

885 La libertad de profesión comprende no sólo las actividades fijadas o tipificadas social o incluso jurídicamente, sino también las actividades nuevas que se constituyan como nuevas profesiones y, en general, las "actividades (permitidas) atípicas libremente elegidas por el individuo". BVerfGE 7, 377, 397.

886 BVerfGE 7, 377, 397; 54, 301, 313.

interesa destacar especialmente, es que, en contra también de otro principio generalmente aceptado de que los límites inmanentes en sentido amplio (implícitos) sí que están sometidos a la reserva de ley, entenderá el tribunal que, puesto que la limitación inmanente no es un verdadero límite, no operará con respecto de ella la reserva de limitación por ley<sup>887</sup>.

(5) Es preciso referirse también aquí a la reserva de pacificidad que, según Isensee, operaría como límite inmanente a los derechos fundamentales delimitador del "tipo" de los mismos, si bien no excluyendo la aplicabilidad de la reserva de ley. Isensee sostiene que no sólo el artículo 8.1 LF (derecho de reunión) establece como condición de la garantía del derecho fundamental la "pacificidad" del ejercicio del mismo sino que, desde una perspectiva sistemática, el derecho de resistencia como derecho "irregular" justamente confirma la validez de la reserva de pacificidad para todos los restantes derechos, y si sólo se establece la exigencia de pacificidad de modo expreso para el derecho de reunión ello se debe a que este derecho es especialmente conflictivo<sup>888</sup>.

(6) También hemos de referirnos a la doctrina del TCFA respecto de la dignidad de la persona, con relación a la cual viene a admitir, en ciertos casos, una ponderación con otros derechos constitucionales, entendiendo que el resultado de la ponderación nos permite conocer el ámbito efectivamente garantizado de la dignidad personal, la dignidad de la persona en sentido estricto que protege el artículo 1.1 (BverfGE 88, 203, 253 ss).

(7) Se ha pretendido, también, aplicar, como límite de todos los derechos fundamentales, el abuso de los mismos, de forma que los derechos fundamentales no serían protegidos cuando se abusase de los mismos, para lo cual hay que entender el abuso de los derechos fundamentales más allá del concepto estricto del artículo 18 LF y partiendo de la construcción civilista de esta categoría. Esta dirección es la que sigue Gallwas, quien sostiene su aplicabilidad especialmente a los derechos fundamentales sin reserva de ley<sup>889</sup>, y se basa para ello en que el artículo 18 LF prevé específicamente el abuso de los derechos fundamentales que tiene relación política y prevé para dicho caso unos especiales efectos

---

887 Mariano Bacigalupo, "La aplicación de la doctrina de los 'límites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)", REDC, año 13, núm. 38, mayo-agosto 1993, pp. 308 ss. El autor se refiere a una sentencia que "de manera inesperada e imprevisible, trastocaba auténticamente los propios fundamentos del sólido edificio dogmático en el que se venía asentando, de modo casi impertérrito, la tradicional doctrina alemana relativa a los límites de los derechos fundamentales", una sentencia que constituye un "auténtico terremoto dogmático", más en concreto una "lamentable involución dogmática". BVerwGE 87, 45-46.

888 Josef Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", en *Bürger-Richter-Staat. Festschrift für Horst Sendler*, München, 1991, p. 39.

889 Hans-Ullrich Gallwas, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967 (tesis doctoral de 1961), p. 17.

jurídicos, pero sin que ello pueda ser interpretado como excluyente del abuso sin relevancia política de los derechos fundamentales<sup>890</sup>. Entiende por ello Gallwas que la categoría jurídica general del abuso debe ser aplicable también a los derechos fundamentales, entendiéndose por abuso el ejercicio del derecho con finalidades extrañas, o simplemente disfuncional, que no está cubierto por el contenido del derecho y, por ello, es sólo un "aparente" ejercicio del derecho fundamental<sup>891</sup> y se justifica, así, por consiguiente, que la Administración no necesite un fundamento legal para una intervención<sup>892</sup>.

También Betterman sostiene la aplicabilidad de esta categoría del abuso de derecho a los derechos fundamentales. La prohibición del abuso de derecho es un principio constitucional no escrito, positivizado sólo en supuestos particulares en la Constitución (artículos 18 y 21 LF). El legislador puede también legislar en la materia prohibiendo o impidiendo en determinados casos el ejercicio de un derecho fundamental y puede también autorizar para ello a la Administración y a la Justicia. Conceptúa al abuso de los derechos fundamentales, de acuerdo con la doctrina francesa de *l'abus de droit* y de conformidad con el concepto legalmente asentado de abuso de poder, como el ejercicio de un derecho fundamental con motivaciones o con fines que no son conformes con la *ratio legis* del correspondiente derecho. Es éste el sentido riguroso "y, por ello mismo, justiciable", del abuso de derecho, no comprendiendo otros supuestos que el profano o incluso el jurista a veces considera abusos. Ahora bien, Betterman no se decanta ni por la teoría interna ni por la externa, por lo que no se pronuncia sobre si se trata de una delimitación del ámbito protegido o de una limitación externa al derecho, algo que en realidad viene a considerar como irrelevante, bastándole con el que el ejercicio abusivo se estime "improcedente", si bien parece exigir la observancia de la reserva de ley, como se ha visto<sup>893</sup>.

Esta intelección del abuso como límite de los derechos fundamentales parece, por lo demás, haberla iniciado el propio TCFA en una sentencia de 8 de noviembre de 1960, que no tuvo, sin embargo, después continuidad. En ella se decía, con relación a la libertad de creencias del artículo 4 LF, que si bien no corresponde al Estado, ideológicamente neutral, determinar con mayor precisión el contenido de

---

890 Hans-Ullrich Gallwas, *Der Mißbrauch...*, cit., p. 28.

891 Hans-Ullrich Gallwas, *Der Mißbrauch...*, cit., p. 11. Distingue tres tipos de abuso de derecho: a) el ejercicio de un derecho fundamental por medio de la infracción de intereses dignos de protección de otros titulares de derechos fundamentales; b) el ejercicio del derecho fundamental mediante la infracción de intereses dignos de protección de la generalidad; c) el ejercicio de derechos fundamentales mediante la infracción de intereses dignos de protección del Estado (p. 32).

892 Hans-Ullrich Gallwas, *Der Mißbrauch...*, cit., pp. 100 ss. y 105.

893 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 15. Kathrin Misera-Lang (*Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 129, n. 241) señala, no obstante, que los ejemplos que Betterman pone de abuso de derecho podrían solucionarse sin recurrir a esta categoría. Y así es, en efecto. La cuestión estriba en que Betterman pretende justamente solucionarlos por medio de la aplicación de esta categoría dogmática.

esta libertad, pues no puede valorar las creencias o no-creencias de sus ciudadanos, "debe, en todo caso, ser impedido el abuso de esta libertad" y existe un abuso sobre todo "cuando la dignidad de otras personas es lesionada"<sup>894</sup>. En tales casos, la conducta no estaría protegida por el artículo 4 LF<sup>895</sup>. También el Tribunal Federal Administrativo consideró, en un caso en el que un soldado repartía información sobre objeción de conciencia fuera de los cuarteles, que había existido abuso de derecho pues se causaba un perjuicio al ejército federal y al orden militar<sup>896</sup>.

(8) También se ha pretendido erigir en límite de los derechos fundamentales al principio de democracia "combativa" o "defensiva" que jurisprudencia y doctrina han querido ver en la LF. El TCFA utiliza este principio constitucional en ciertas sentencias para la interpretación de los límites positivados (artículos 18, 21.2 LF), para la interpretación restrictiva de los derechos de igualdad (artículo 3.3 LF) o para la legitimación de una reforma constitucional (10.2.2 LF)<sup>897</sup>, pero en otros casos lo utiliza también para la fijación de límites constitucionales a los derechos fundamentales. Es esta última línea jurisprudencial la que aquí nos interesa y a la que a continuación nos referiremos.

En una temprana sentencia, con relación a la expresión de una opinión por un superior militar, dirá el TCFA que su libertad de opinión debe ponderarse con la necesidad de un comportamiento disciplinado de ese militar. Y al respecto debe recurrirse a las decisiones básicas jurídico-políticas de la LF, que nos proporcionarán "el resultado de la ponderación a nivel de Derecho Constitucional"<sup>898</sup>. Y sobre esta base, acude el TCFA al principio de democracia combativa y lo aplica al "orden interno del Ejército Federal", permitiendo así justificar la obligación legal de los militares de abogar, a través de cualquier conducta suya, por el mantenimiento del orden de libertades, ofreciendo así el superior un ideal a sus inferiores, sin que en sus legítimas discusiones políticas durante el servicio puedan dejar ninguna duda de que aceptan y defienden el orden liberal en todo momento<sup>899</sup>.

En otra sentencia, el TCFA no menciona ningún artículo concreto, pero justifica una prohibición de importar y difundir películas contrarias a la Constitución en contra de la libertad artística en cuanto que

---

894 BVerfGE 12, 1, 4.

895 Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 128. En otros supuestos el TCFA se ha referido al abuso de derecho: BVerfGE 28, 36, 48 ss; 30, 1, 19. Pero lo cierto es que, en estas sentencias, el TCFA equipara al abuso de los derechos fundamentales con el principio constitucional de la democracia combativa plasmado en los artículos 9.2, 20.4, 18, 21.2, 98.2 y 98.5 LF, entendiéndose en suma el abuso en el sentido de la utilización de los derechos fundamentales contra el orden de libertades [BVerfGE 28, 36, 48].

896 BVerwGE 33, 265, 268.

897 BVerfGE 13, 46, 50; 25, 44, 58; 25, 88, 100; 28, 36, 48; 30, 1, 19; 39, 334, 368 ss. Cito por Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 121-122. Véase también, Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 575 ss.

898 BVerfGE 28, 36, 48.

899 BVerfGE 28, 36, 49.

lo exija el bien jurídico-constitucional constituido por "la existencia de la RFA y su ordenamiento básico liberal-democrático", amenazado en otro caso de un peligro que ha de ser, en todo caso, "directo y presente". Ello ha de examinarse siempre, no obstante, con sumo cuidado y a la luz del alto valor de la garantía de la libertad artística en el conjunto de la estructura constitucional<sup>900</sup>.

Pero si en esta última sentencia no menciona el TCFA ninguna norma particular de la LF, en otras sentencias posteriores sí que se vuelven a mencionar los artículos 9.2 (prohibición de asociaciones), 18 (pérdida de derechos fundamentales), 21.2 (prohibición de partidos) LF, "así como las finalidades que resultan de estos preceptos"<sup>901</sup>, expresión esta última con la que, según Misera-Lang, es de suponer que pretende el TCFA recurrir a la "protección del orden básico liberal democrático" de sus primeras decisiones<sup>902</sup>.

En otras sentencias todavía más recientes, va a derivarse por el TCFA la protección constitucional de ciertos símbolos estatales de lo que dichos símbolos representan en cuanto que se trata de valores protegidos por la LF, con lo que se alude especialmente al orden básico liberal-democrático<sup>903</sup>. Ello justifica limitaciones a la libertad artística, pero no para la protección de cualquier símbolo estatal sino sólo de aquellos que representan lo que caracteriza básicamente a la República Federal<sup>904</sup>. Resulta, así, que, tanto según la vieja como según la nueva jurisprudencia constitucional, pueden los derechos fundamentales ser limitados en función de la protección del orden básico liberal-democrático<sup>905</sup>.

(9) También se consideran en ocasiones como límites inmanentes a los derechos fundamentales la ley moral o las buenas costumbres, con relación a las conductas tipificadas penalmente o simplemente contrarias a las buenas costumbres, o prohibidas por las leyes de policía e incluso por las leyes "generales" (en el sentido de leyes que no se dirigen contra una determinada expresión de la opinión) del artículo 5.2 LF<sup>906</sup>.

(10) También se ha considerado, a veces, a la idea o el principio del Estado social del artículo 20 LF como elemento delimitador del "tipo" de los derechos fundamentales<sup>907</sup>.

(11) Los derechos de terceros que coliden con el derecho

900 BVerfGE 33, 52, 71.

901 BVerfGE 77, 240, 255.

902 Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 123.

903 BVerfGE 81, 278, 293. En BVerfGE 81, 298, 308 reconoce, en este sentido, como símbolo la tercera estrofa del himno nacional, aunque sin citar ninguna norma constitucional específica.

904 BVerfGE 81, 278, 294 ss.

905 Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 124.

906 Karl August Bettermann, *Grenzen der...*, cit., pp. 10 ss. y Karl H. Friauf, "Schranken der Grundrechte", JZ, 1970, p. 215.

907 Theodor Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981. Cfr. Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., pp. 189-190.

fundamental también han sido vistos, en ocasiones, como posibles límites inmanentes de los derechos fundamentales, y ello no por aplicación extensiva o analógica del artículo 2.1.2 LF sino autónomamente<sup>908</sup>.

#### **d.- Posiciones contrarias en la doctrina y la jurisprudencia**

Los planteamientos anteriores, desde enfoques no siempre coincidentes, en torno a los límites inmanentes *stricto sensu* a los derechos fundamentales, no son compartidos por la doctrina hoy dominante y algún sector doctrinal ha reaccionado incluso, con carácter general, frente a la categoría de los límites inmanentes. En este sentido, puede destacarse la postura de Bleckmann, quien ha formulado también una enérgica y, a nuestro modo de ver, certera crítica frente a todas las teorías de los llamados "límites inmanentes en sentido estricto", que afirma que amenazan con reducir a la nada toda la minuciosa regulación de la Ley Fundamental de protección de los derechos fundamentales. Y ello en cuanto que aceptar la existencia de estos límites inmanentes supone considerar que el "tipo" o ámbito normativo de los derechos fundamentales está ya delimitado por tales límites, que vendrían a recortar un sector del "tipo" original, de forma que, respecto de las acciones que entran dentro de ese sector recortado (o excluido del "tipo" iusfundamental), no se puede considerar que haya una verdadera intervención en el derecho fundamental, pues la intervención no incidiría realmente sobre éste, sino sobre un ámbito excluido ya *a priori* de su contenido jurídico-constitucional.

Ello tiene una consecuencia trascendental y es que los instrumentos previstos con carácter general para la protección respecto de las intervenciones en los derechos fundamentales no entran en funcionamiento. Dicho con otras palabras, las intervenciones en esas conductas o acciones no están sometidas a la reserva de ley, no es necesario citar el derecho fundamental, la lesión del Derecho Constitucional objetivo puede no ser examinada, no hay que observar el principio de proporcionalidad. Por ello mismo, deben rechazarse estas teorías en cuanto que conducen a un vaciamiento de las garantías del

---

908 Véase la doctrina que cita Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 96 y 241, quien dice que se trata de un límite que parece cobrar mayor fuerza en la doctrina reciente (derechos fundamentales ajenos). La mayor parte de los defensores de este límite inmanente se refieren, por lo general implícitamente, a los derechos *fundamentales* de terceros como límite, pero algunos autores se refieren expresamente a los derechos protegidos por el Derecho privado. Véase, sobre todo, la posición de Dieter Lorenz, "Wissenschaft darf nicht alles! Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung", en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche*, München, 1993, p. 267 y la de Dietrich Murswiek, "Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht", *DVBl.*, 1994, pp. 80 ss. Suele citarse el caso "Sprayer von Zürich", en que el TC no admitió un amparo frente a una extradición de un autor de más de 100 *grafitti* en Suiza, donde había sido ya condenado por daños y ello con la breve fundamentación de que la libertad artística no se extiende ya "desde un comienzo" a la afectación de la propiedad ajena con la finalidad del desarrollo artístico.



Estado de Derecho en este ámbito, especialmente si se pretende, con una parte de la doctrina, que la tríada de límites del artículo 2.1 no sólo son límites inmanentes a la libertad general de acción de dicho artículo, sino también para todos los demás derechos. "Si, por el contrario, se deja a estos límites inmanentes intervenir sólo desde fuera en el derecho fundamental ilimitado en su supuesto de hecho [tipo], encuentran aplicación las garantías del Estado de Derecho ligadas a la intervención" y "sólo desde una *perspectiva material* puede, en consecuencia, la ley restringir estos derechos fundamentales a causa de estos límites" (cursiva nuestra)<sup>909</sup>. Como con carácter general destaca Alexy, la polémica sobre la teoría interna y la externa no es, en modo alguno, tan solo una polémica sobre cuestiones conceptuales y problemas de construcción. Así, quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa y aquél a quien le interese la posición de miembro o membresía en una comunidad, tenderá a la teoría interna<sup>910</sup>.

El propio Bleckmann ha detallado su crítica a estas teorías de los límites inmanentes, mediante un análisis crítico de las más destacadas. Seguiremos, en adelante, en lo esencial, el enfoque crítico del citado autor<sup>911</sup> de las diversas doctrinas sobre los límites inmanentes, sin perjuicio de añadir algún supuesto más y de enriquecer siempre el análisis con otras fuentes:

(1) Con respecto a la teoría, ya referida, de Häberle se le ha criticado, en lo que ahora importa, que la misma pasa por alto el hecho de que las garantías del Estado de Derecho de la LF presuponen un doble contenido de los derechos fundamentales. De un lado, garantiza la LF según la literalidad de cada derecho fundamental un amplio ámbito de protección, de forma que si el Estado interviene en ese ámbito, entran en funcionamiento automáticamente todas las correspondientes garantías. Ello no significa, sin embargo, que la intervención sea *ipso iure* inconstitucional, pues la LF protege de manera definitiva sólo frente a las intervenciones, no en el amplio e ilimitado ámbito de protección, sino únicamente frente a las intervenciones en una esfera esencialmente estrecha que resulta de la ponderación con los otros bienes constitucionales. Y ello significa que, "frente a la interpretación de Häberle, la protección de los derechos fundamentales se aplica no sólo en este ámbito estrecho, sino también en el ámbito amplio de protección de los derechos fundamentales, que en suma debe ser limitado entonces por

---

909 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., pp. 403-405. Y no puede admitirse que se diga, pretendidamente a favor de estas teorías inmanentes a los derechos fundamentales, que permiten recurrir a los intereses públicos para restringir los derechos incluso aunque no sean expresamente mencionados en la reserva de intervención, porque ello se hace a costa de excluir determinados ámbitos del derecho fundamental de esas garantías del Estado de Derecho. Precisamente la concepción de la Ley Fundamental exige que una de esas garantías, como es la reserva de ley, se active justamente, por ejemplo, cuando el legislador tipifica penalmente determinadas conductas. *Ibidem*, p. 410.

910 Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 269.

911 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., pp. 403 ss.

otros bienes constitucionales. Si se considera, con Häberle, como protegido por la LF sólo el ámbito estrecho de los derechos fundamentales, caen en el vacío todas las garantías del Estado de Derecho que se refieran a las intervenciones en el amplio ámbito de exclusión de los derechos fundamentales"<sup>912</sup>.

Y, por otro lado, la concepción unitaria del contenido y los límites del derecho por medio de la categoría de "límites a los derechos fundamentales conforme a la esencia" ignora que el contenido y los límites de un derecho fundamental no sólo no son lo mismo, sino que son categorías diversas con la función de facilitar el proceso de aplicación práctica de los derechos fundamentales y el equilibrio necesario entre los intereses del titular del derecho fundamental sujeto a examen, por un lado, y otros bienes o derechos constitucionales, por otro lado. Ambas categorías son, como categorías diferenciadas, elementos indispensables para la articulación de cualquier técnica con vocación práctica para la resolución de asuntos problemáticos de derechos fundamentales por medio de una relación dialéctica entre el contenido y los límites del derecho.

(2) Sobre la doctrina del TCFA que considera que ciertas actividades están *a priori* excluidas del derecho fundamental a la profesión, debe señalarse que una interpretación como la sostenida por el TCFA conlleva la posibilidad de que se excluyan del ámbito de protección cualesquiera actividades que una norma prohíba, con la importante peculiaridad de que esas exclusiones del ámbito normativo del derecho de ciertas actividades podrían operar sin la aplicación de las garantías previstas para los límites a los derechos (reserva de ley, proporcionalidad, contenido esencial), pues se trata de una exclusión ya del ámbito normativo. La cuestión es, evidentemente, qué actividades en concreto se consideran no permitidas (por ejemplo, el espionaje; el proxenitismo; el tráfico de estupefacientes; el carterismo; el trabajo de la economía sumergida, es decir, realizado sin pagar impuestos ni cotizar a la seguridad social) y, justamente porque ello no es ni puede ser *siempre* claro, la cuestión no debe poder resolverse ya en el nivel del ámbito normativo como pretende el TCFA. Stein ha señalado, por ello, que esta jurisprudencia desconoce que la libertad de profesión debe, precisamente, impedir al Estado prohibir determinadas profesiones. Lo único correcto, nos dice dicho autor, es "que un profesional del crimen no puede alegar este derecho fundamental puesto que no es ninguna carta blanca para un desacato del ordenamiento jurídico"<sup>913</sup>. Más crítico todavía, Bleckmann entiende que cualquier prohibición de una actividad por el legislador ha de someterse a las garantías del Estado de Derecho y ser enjuiciada como una restricción de la libertad profesional y no como una cuestión del ámbito normativo, pues, de hacer esto último, no habría ya que entrar a controlar si se respeta la reserva de ley, principio de proporcionalidad, contenido

---

912 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II*, cit., p. 405.

913 Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 357.

esencial, etc<sup>914</sup>. Katz entiende que se trata de excluir sólo aquellas actividades incompatibles con las concepciones de valores dominantes, valores jurídico-constitucionales centrales y no sólo con concepciones ético-sociales generales: sería el caso de los espías, delincuentes profesionales, contrabandistas, proxenetas, etc<sup>915</sup>.

(3) Frente al entendimiento de ciertas regulaciones complementarias a las garantías de los derechos fundamentales como "límites inmanentes", sostendrá Alexy, con toda claridad, que estamos en presencia de verdaderos "límites constitucionales directos" que deben ser vistos como formulación corta de una regla que transforma derechos *prima facie* (resultantes del principio de la libertad de que se trate) en no-derechos definitivos, lo que responde al concepto justamente de límite de derecho fundamental según Alexy, con la única peculiaridad de que en estos casos ha sido el constituyente quien ha formulado la restricción definitiva<sup>916</sup>. Concretándolo en la cláusula según la cual el derecho de reunión se refiere a reuniones "pacíficas y sin armas", estaríamos ante una disposición con el carácter de regla, si bien, "detrás del nivel de la regla, conserva su importancia el nivel del principio. Cuando se ha constatado, no goza de la protección del artículo 8 LF<sup>917</sup>. Pero, en todos los casos dudosos, para constatar que una reunión no es pacífica, se requiere una interpretación del concepto 'no pacífico'. Dentro del marco de esta interpretación, es también siempre necesario sopesar el principio iusfundamental de la libertad de reunión, entre otros, con los principios contrapuestos que impulsaron al legislador constitucional a dictar la cláusula restrictiva definitiva directamente constitucional. Esto muestra que la cláusula no es nada más que una decisión del legislador constitucional en favor de determinadas razones en contra de la protección iusfundamental. Pero, las razones en contra de la protección iusfundamental, cualquiera que sea su formulación, pertenecen al ámbito de las restricciones. Si se renunciara a esta adscripción, existiría el peligro de que el juego de razones a favor y en contra fuera sustituido por intervenciones más o menos intuitivas"<sup>918</sup>. Y Bleckmann, con relación concretamente a las exigencias de ese mismo artículo 8.1 y también del 18 LF, reconoce que se trata aquí de "una cuestión a decidir especialmente difícil", la de si estamos ante límites inmanentes a los derechos fundamentales, pero concluye que no lo son y ello también por buenas razones, pues las intervenciones de la Administración en este ámbito también pueden tener lugar "sólo con apoyo en una ley", aunque dichos artículos 8 y 18 LF contienen la decisión de relevancia constitucional de que las conductas contempladas pueden ser prohibidas sin más, incluso

---

914 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 407.

915 Alfred Katz, *Staatsrecht...*, cit., p. 354.

916 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 278.

917 Este resultado puede ser evitado, según Alexy, mediante la introducción de una cláusula de excepción tácita en la cláusula escrita, es decir, a través de una decisión en contra del texto literal.

918 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 278-279.

sin aplicación del principio de proporcionalidad. Y considera que las reuniones no pacíficas están amparadas por la libertad general de acción del artículo 2.1 LF<sup>919</sup>.

(4) En cuanto a la posibilidad de que la libertad general de acción cubra actividades delictivas, sostiene Bleckmann que por raro u ocasional que pueda parecer postular a partir de esa libertad un derecho al robo, se trataría de una construcción con fundamento jurídico-constitucional, naturalmente si no se pretende erigir en un derecho definitivo, sino necesariamente sólo como principio que hay que ponderar con los intereses contrarios de terceros.

(5) Y respecto de la interpretación de la ponderación que el TCFA realiza en algunas ocasiones entre la dignidad de la persona y otros derechos como límite inmanente, aunque algunos autores estiman que juega en favor de este entendimiento el hecho de que no hay que presuponer una cláusula implícita de limitación, así como el dato de que, con relación al derecho a la dignidad de la persona y por contraste con los demás derechos de defensa, no hay una gran diferencia entre el ámbito normativo y el ámbito definitivamente protegido, además de que así no se reconocen abiertamente las restricciones al valor superior de la LF, lo cierto es que, como Borowski destaca, esta postura no resulta de recibo, pues justamente por tratarse del valor supremo de la LF es preciso que las limitaciones a ese derecho se reconozcan abiertamente, se justifiquen profusamente, opere el análisis a tres niveles (ámbito normativo, intervención y justificación de la intervención) y estén siempre cubiertas por una reserva de ley parlamentaria. Nada de ello se logra, sino que se elude en alta medida, por medio de la utilización de los límites inmanentes en este campo, y por ello esta postura debe rechazarse<sup>920</sup>.

(6) Bleckmann ha criticado también la construcción del abuso de derecho como límite general a los derechos fundamentales, ya se le considere como límite inmanente en sentido estricto, ya se le considere como límite inmanente en sentido amplio (esto es, implícito). Entiende que la fórmula del "abuso de derecho" es "totalmente vacía en cuanto a su contenido y permite cualquier intervención legislativa" y se refiere, así, al caso de Gallwas, quien bajo ese concepto agrupa la lesión de intereses de rango superior de otro titular de derechos fundamentales, de la generalidad o la lesión de intereses indispensables de los poderes públicos<sup>921 y 922</sup>.

---

919 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 478.

920 Martin Borowski, *Grundrechte als...*, cit., pp. 223-224.

921 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 433. No obstante Bleckmann considera como aplicación jurisprudencial de la categoría del abuso de derecho la doctrina del TCFA, ya referida, sobre las "actividades permitidas" en el marco del artículo 12 LF (pp. 406-407). Por lo demás, se refiere al abuso de derecho tanto al tratar de los límites inmanentes en sentido estricto, como al tratar de los límites inmanentes en sentido amplio, lo cual resulta incongruente, especialmente refiriéndose expresamente a una propuesta doctrinal de que "los derechos fundamentales no sean protegidos, si son abusivos" (p. 433), lo que supone que estamos con toda claridad ante un límite inmanente *stricto sensu*, según la propia diferenciación por él mismo introducida.

922 Misera-Lang, por su parte, además de criticar la indefinición e indeterminabilidad

(7) La tesis jurisprudencial según la cual el principio de democracia combativa vendría a funcionar como una suerte de límite inmanente de los derechos fundamentales, si bien ha sido admitida y seguida por algunos autores, ha recibido también intensas críticas de la doctrina. Ésta, de modo mayoritario, considera, en efecto, que de los artículos 9.2, 18 y 21 LF no puede deducirse ningún principio *de validez general* como el de "democracia combativa". Se trata de una fórmula demasiado genérica, construida sobre un concepto demasiado indeterminado, que no hace posible fijar razonablemente los límites exactos entre el ejercicio de los derechos fundamentales admisible e inadmisibles en función de un criterio tal<sup>923</sup>. Ello imposibilita admitir a este criterio como límite general a los derechos fundamentales, pues no puede cumplir el criterio indispensable de determinabilidad exigido por el Estado de Derecho. Así, Sachs, partiendo de la concepción de Stern del orden liberal-democrático como un "principio fundamental para el orden de valores y de dominio de la LF" que "se contiene en los preceptos de organización, en los derechos fundamentales y especialmente en los [...] [restantes] principios estructurales"<sup>924</sup>, se refiere a la elevada abstracción del principio, que hace "problemática" su función limitativa de los derechos fundamentales<sup>925</sup>.

Además, la LF parte con toda claridad de la primacía de la persona y su dignidad (artículo 1.1) y libertad (artículo 2) como valores constitucionales supremos y reconoce unos derechos fundamentales, en principio de defensa *frente al Estado* (incluido el derecho de resistencia del artículo 20.4), y dirigidos, por tanto, contra la apelación a la defensa del Estado como tal. Y, como Hesse advierte al respecto, "la sustancia de la democracia liberal no puede defenderse por principio a través del

de estas fórmulas, señala que la fijación de un límite material a los derechos fundamentales es tarea que sólo al legislador de reforma constitucional corresponde y que, fuera del específico ámbito previsto constitucionalmente en el artículo 18 LF, el abuso del derecho no puede tener ningún significado propio al margen de dicho artículo. Por ello, "la reserva del abuso no representa ningún límite o restricción admisibles para el ejercicio de los derechos fundamentales sin reserva" de ley. Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 131-132. Esta autora rechaza la utilización de esta categoría tanto para los derechos fundamentales con reserva de ley, como para los que no tienen reserva de ley. Gavara de Cara considera que esta teoría entra en contradicción, además, con ciertas regulaciones de la LF en cuanto que tiende a convertir en superfluos los supuestos de abuso de derecho regulados en los artículos 5.3, 9.2, 18 y 21.2 LF, que contienen sanciones específicas para dichos supuestos. Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo...*, cit., p. 279. Véase, también, Peter Lerche, "Grundrechtlicher Schutzbereich...", cit., pp. 770-771.

923 Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 125 (n. 128 y texto a la misma, con referencias doctrinales) y 127.

924 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 575.

925 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 575. Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 126-127: "para los ciudadanos no es previsible cuándo su conducta pone en peligro la estructura básica de la estatalidad de la RFA".

recortamiento de la libertad"<sup>926</sup>. A todo lo cual debe además añadirse, tal y como Sachs destaca, que la LF está penetrada de la limitabilidad y necesidad de limitación de las posibilidades de actuación del Estado con carácter general, y así lo ponen de relieve las reservas de ley, pero es que ello es así incluso cuando se trata, justamente, de fines de protección del orden constitucional, como los artículos 18, frase 1 y 21.2 LF vienen a poner de relieve<sup>927</sup>. Éstas últimas son claramente regulaciones especiales y excepcionales, y su misma especialidad parece hablar en contra de cualquier derivación de las mismas de un principio general, pues son casos en que la propia LF ha entendido que la protección del orden básico liberal-democrático ha de tener primacía sobre el ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 9.2, 18 y 21. 2 LF) y los ha regulado, material y procesalmente, de modo específico<sup>928</sup>.

Es así como entiende Sachs que la protección constitucional no basta *per se* como legitimación para la restricción de los derechos fundamentales, sino que, más bien, las intervenciones en los mismos sólo son admisibles en el marco de las limitaciones existentes a los derechos fundamentales, es decir, sobre todo de las reservas de ley<sup>929</sup> y de (otros) eventuales límites directamente constitucionales<sup>930</sup>, pero no sobre la base de una argumentación global con el principio de "democracia combativa"<sup>931</sup>. Por ello, la jurisprudencia comentada del TCFA no parece acertada, ni puede compartirse<sup>932</sup>. Las exigencias de restricción de los derechos fundamentales que vengan exigidas por la protección del orden liberal-democrático en que se basa la LF han de ser determinadas por el legislador constituyente y codificadas por la vía de la reforma constitucional. Justamente así es como se ha podido, a través de la pertinente reforma constitucional, introducir los límites, inicialmente no contemplados, contenidos en el artículo 10.2.2 LF<sup>933</sup>.

---

926 Hesse habla en estos supuestos simplemente de "principio interpretativo" y no de limitación y alude a cómo no se ha planteado en las sentencias comentadas del TCFA la cuestión del "precio" de la "combatividad" de la democracia. Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 289. La frase citada en el texto de Hesse ha sido combatida por Stern, *Das Staatsrecht...*, Band I (*Grundbegriffe...*), cit., pp. 196-197.

927 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 576.

928 Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 127; Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 577.

929 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 576, n. 413, no objeta nada a BVerfGE 30, 1, 17 ss) en cuanto que la expresión allí contenida de que el orden básico liberal-democrático es "un bien jurídico sobresaliente, para cuya eficaz protección pueden ser limitados los derechos fundamentales, en cuanto que sea absolutamente necesario", sólo encuentra legitimación en el marco de una existente reserva de ley.

930 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 576.

931 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 577.

932 Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 126-127.

933 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 577; Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 127. La frase introducida por reforma constitucional de 24 de junio de 1968 es la siguiente: "En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia [...] la ley podrá determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea

(8) No pueden tampoco, en absoluto, considerarse como limitaciones intrínsecas del "tipo" iusfundamental la moral o las buenas costumbres<sup>934</sup> ni las leyes de policía ni siquiera las leyes "generales" (en el sentido de leyes que no se dirigen contra una determinada expresión de la opinión) del artículo 5.2 LF (que son justamente específicos de este derecho), pues, de lo contrario, se dejaría al legislador una completa libertad de acción. Por ello, como se ha ya visto, considera Bleckmann que incluso una conducta delictiva como el robo puede considerarse, aunque sólo en un principio, como enmarcada en la libertad general de acción, y no puede, en suma, excluirse apriorísticamente del "tipo" iusfundamental, sino sólo con una ponderación con otros bienes o derechos constitucionales.

(9) No son tampoco, en absoluto, límites inmanentes los derechos fundamentales colisionantes de terceros, sino que la solución de los conflictos de los derechos fundamentales con los intereses de terceros es una cuestión típica de límites externos a aquellos derechos<sup>935</sup>.

(10) En cuanto a la pretendida operatividad del principio del Estado social como límite inmanente o delimitador del "tipo" de los derechos fundamentales, Bleckmann ha sostenido que, sin perjuicio de reconocer que dicho principio puede limitar todos los derechos fundamentales y no sólo, como expresamente se proclama en el artículo 14.2 LF, la propiedad, ello no será así como límite inmanente que autorice la suspensión de las garantías del Estado de Derecho. Esto es, el legislador puede limitar los derechos en atención al principio del Estado social, pero no sin observancia de las cautelas previstas para la limitación

sustituida por un control a cargo de órganos designados por la representación popular y órganos auxiliares".

934 Tanto si se concibe a la moral como conjunto de normas indisponibles que recogen un contenido mínimo del Derecho natural (o similar), como si se la considera como expresión de las convicciones básicas dominantes de la Comunidad, está necesitada en su aplicación de una ulterior concreción o concretización, pero ello no parece posible ni siguiendo la primera concepción, ante la apertura o carácter abierto de la LF, la libertad ideológica que garantiza y el pluralismo de todo tipo que promueve ni tampoco es, en fin, posible sin incurrir en arbitrariedad siguiendo la segunda concepción, ante la pluralidad de ideas morales de nuestras sociedades contemporáneas.

935 Distinta es la cuestión de si los derechos fundamentales protegen todas las actividades que, en sí mismas, no entran en la literalidad del "tipo" iusfundamental, pero que son requeridas para la realización del derecho fundamental afectado (viaje a Roma de un católico para asistir a un servicio religioso con relación a la libertad religiosa, o de un científico para dar conferencias respecto de las libertades de opinión y científica, etc.), opinando Bleckmann que en estos casos lo que hay que hacer es ampliar los derechos fundamentales, sin perjuicio del juego normal de los límites externos a los derechos. Por otra parte, si el hecho de que una conducta en principio esté protegida por un determinado derecho fundamental, no excluye la extensión de otro derecho fundamental que lo cubra (así, por ejemplo, el arresto del redactor de un periódico no sólo afecta a las garantías de la libertad personal, sino también a la libertad de prensa; o los viajes antes referidos no afectan sólo a la libertad de viaje englobada en la libertad general de acción del artículo 2.1 y a la de movimientos del artículo 11), ello no significa que se puedan deducir límites inmanentes internos a un derecho fundamental del hecho de que la actividad de que se trate caiga "en sí misma" bajo otro derecho fundamental.

de los derechos fundamentales. El TCFA ha señalado, por su parte, que el principio del Estado social no es “adecuado para limitar los derechos fundamentales sin una concretización más precisa por parte del legislador, esto es, directamente”, pues una limitación de los derechos fundamentales por la propia Constitución presupone un encargo vinculante inserto en el principio del Estado social que no se deduce de este principio<sup>936</sup>, por lo que una restricción basada en este principio exigirá siempre la observancia de la reserva de ley, así como del principio de proporcionalidad.

(11) En cuanto a la comentada sentencia del Tribunal Administrativo Federal, se la ha criticado no ya en cuanto que admita la idea de inmanencia, sino en cuanto que —al margen ahora de que extienda a los derechos sometidos a reserva legal la aplicación de los límites implícitos— viene a entender los límites implícitos (o límites inmanentes además en un sentido amplio), que hasta entonces no autorizaban a excluir la aplicación de las garantías del Estado de Derecho según opinión generalizada y jurisprudencia constante, como límites inmanentes e inmanentes en un sentido estricto, esto es, como excluyentes de la aplicación de las garantías del Estado de Derecho previstas en la LF para la limitación de los derechos fundamentales<sup>937</sup>. Y este entendimiento estricto de la idea de inmanencia, aplicado a los límites implícitos o inmanentes en sentido amplio, es el que lleva a tan Alto Tribunal a incardinar, en realidad, estos “límites” en el ámbito del “tipo” iusfundamental, con la consecuencia trascendental de excluir la aplicación de las garantías propias de un Estado de Derecho para los límites a los derechos y en particular nada menos que de la reserva de ley.

## **B') Límites explícitos**

### **a.- Regulación constitucional**

Numerosos límites a los derechos fundamentales son establecidos *directamente* por la propia Constitución y estos límites podrán, con frecuencia, ser objeto de regulación por el legislador, pero entonces el legislador no establecerá dichos límites de manera constitutiva, sino meramente declarativa, limitándose a regular, precisar o concretizar unos límites que es la propia Constitución la que los ha establecido<sup>938</sup> o permitido, sin poder crearlos *ex novo*. Pero el texto constitucional puede establecer esos límites directos, a su vez, bien de manera explícita, bien sólo de una manera sólo implícita. A los primeros pasamos a referirnos ahora.

La Ley Fundamental establece ella misma directamente, y de

---

936 BverfGE 59, 231, 263; y también BverfGE 52, 283, 298.

937 Este planteamiento coincide, en cierto modo, con el planteamiento, ya visto, de Häberle de someter todos los derechos fundamentales a la reserva de las “leyes generales” del artículo 5.2 LF, pues ello permite al legislador utilizar esta reserva con relación a todos los derechos fundamentales para introducir límites inmanentes a los mismos. Recordemos que Häberle concibe unitariamente el derecho y sus límites, que son inmanentes al derecho y se integran en su contenido esencial.

938 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 140.



forma expresa, límites a los derechos fundamentales reconocidos en una serie de casos. El concepto de límites constitucionales directos suele entenderse estrictamente en el sentido de que el medio a través del cual la restricción se hace operativa no es la ley, sino que es efectiva tal restricción independientemente de la regulación legislativa<sup>939</sup>. Pueden citarse aquí, entre otros<sup>940</sup>, los siguientes: a) El llamado derecho al libre desarrollo de la personalidad se somete de manera expresa a dos límites, en cuanto que

---

939 Así, Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 496.

940 Otros supuestos son: a) La objeción de conciencia del artículo 4.3 se refiere al servicio "con las armas en la guerra"; b) La libertad de información se reconoce "en las fuentes accesibles a todos"; c) La libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución (art. 5.3 LF); d) La disposición según la cual "el cuidado y la educación natural de los hijos son derecho natural de los padres y constituyen una obligación incumbente primordialmente a ellos" (artículo 6.2 LF). Los deberes concretos se establecen a partir de la reserva cualificada que este precepto contiene; e) La libertad de reunión se somete al límite de que se trate de reuniones "pacíficas y sin armas" (art. 8); f) La libertad de movimientos puede ser restringida por ley o en virtud de una ley "solamente en los casos en los que la falta de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la comunidad, o cuando fuera necesario para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o bien para conjurar el peligro de epidemias, catástrofes naturales o accidentes particularmente graves, para proteger a los menores del desamparo o para prevenir actos delictivos" (artículo 10.2); g) La inviolabilidad del domicilio sólo puede ser limitada "en defensa ante un peligro común o de la vida humana" o, "en virtud de una ley [...] también con el fin de prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de la vivienda, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro" (artículo 13.3). Los registros y allanamientos sólo pueden adoptarse por medio de decisión judicial o, exclusivamente cuando la demora implicare un peligro, también "por los demás órganos previstos en las leyes, y únicamente en la forma en ellas estipulada" (artículo 13.2); h) El artículo 16a, al establecer que no podrá invocar el derecho de asilo "quien entrare procedente de un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de un tercer Estado donde esté asegurada la aplicación del Convenio relativo al Estatuto de los Refugiados y del CEDH". También la previsión de que en tales casos "se podrán, sin embargo, llevar a la práctica medidas que pongan fin a la estancia en territorio federal, aunque se haya interpuesto recurso contra ellas", en tanto restricción de las garantías procesales constitucionales del artículo 19.4 LF; i) El artículo 26.1 declara "inconstitucionales" todos "los actos susceptibles de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y especialmente de preparar una guerra de agresión, realizados con esa intención", como disposición que puede restringir ciertos derechos fundamentales (art. 4.1, 5.1 y 3, 8, 9.1, 12.1, 17 LF). El legislador sólo ha previsto sanciones penales con base en la habilitación del último inciso de dicho precepto, que autoriza expresamente a ello; j) El artículo 26.2 LF prevé una restricción respecto de la libertad profesional, si bien relativa por la autorización: "sin autorización del Gobierno Federal no podrán ser fabricadas, transportadas, ni comercializadas armas destinadas a la guerra"; k) El artículo 46.1 LF cuando establece que "los diputados no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados en otra forma fuera del Parlamento Federal a causa de un voto o de una declaración que hicieran en el Parlamento o en una de sus comisiones", salvo respecto de las "ofensas calumniosas", entendido esta previsión como una restricción que puede afectar a derechos fundamentales de terceros. Otros supuestos pueden verse en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 507 ss.

ese derecho no puede "vulnerar los derechos de otros" ni atentar tampoco "al orden constitucional o a la ley moral" (artículo 2.1 LF)<sup>941</sup>; b) Las libertades de expresión, opinión, información y prensa están sometidas, además del límite indirecto constituido por "las leyes generales", a dos límites constitucionales directos y expuestos: las disposiciones legales dictadas para la protección de la juventud, de un lado, y para la protección del derecho del honor personal, por el otro (artículo 5.2 LF)<sup>942</sup>; c) El artículo 9.2 LF prohíbe las asociaciones "cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales" o que "vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos"<sup>943</sup>.

### **b.- Régimen jurídico general**

Es claro que la primera cuestión que aquí se plantea es la de la interpretación de estos límites. Y hay que reconocer, por lo pronto, que estos límites resultan ser bastante "genéricos", lo que sin duda plantea problemas especiales en su interpretación, pero ello no es nada extraño en el ámbito constitucional, sino más bien algo ínsito a las normas

---

941 Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 279-280. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 504. La referencia a los derechos ajenos como límite al derecho es una restricción directamente constitucional, según Alexy, "sólo en la medida en que son derechos con rango constitucional. Los derechos que no tienen rango constitucional, cuya existencia depende, pues, de las decisiones del legislador que puede crearlos, conservarlos y eliminarlos, no son directamente constitucionales". Y "lo mismo vale para el orden constitucional", entendido en el sentido del TCFA como todas las normas conformes a la LF, pues sólo las normas de rango constitucional que integren ese orden constitucional son límites constitucionales directos. En el caso de la ley moral falta la referencia a la competencia del legislador, que es constitutiva para las restricciones indirectamente constitucionales, por lo que las normas no jurídicas a que hace referencia pueden ser calificadas como restricciones directamente constitucionales.

942 A juicio de Alexy, se trata de límites indirectos y no directos incluso aunque se suponga que la Constitución ordena que rijan determinadas normas restrictivas del tipo indicado y no se encuentren a disposición del legislador pues lo fundamental es la existencia de una competencia del legislador. Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 281. Respecto del derecho al honor como límite directo Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 506-507.

943 Hemos visto ya, no obstante, que algunos autores consideran, incluso en este caso, que no nos hallamos ante un límite expreso, sino sólo ante un elemento integrante del propio tipo iusfundamental, que sólo protegería las asociaciones que cumplan los requisitos mencionados. Pero es también abundante la literatura especializada que considera que estamos ante un límite expreso. Véase la abundante doctrina en ambos sentidos, aunque con predominio del entendimiento como límites constitucionales directos, citada por Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 23, nn. 63 y 64. Es de destacar además, en este sentido, que incluso un autor como Hesse que considera admisibles los llamados justamente por él "límites inmanentes" (en sentido estricto, deberíamos precisar), no sólo no cita como ejemplo de los mismos las regulaciones del artículo 9.2, sino que expresamente las considera como "limitaciones" del derecho de asociación (Konrad Hesse, *Grundzüge ...*, cit., p. 180. Naturalmente, esta última interpretación se impone irremisiblemente para quien considera inadmisibles la construcción doctrinal de los "límites inmanentes" *stricto sensu* o para quien sigue un entendimiento amplio del tipo de los derechos fundamentales.

constitucionales, y de modo acaso más acentuado en materia de derechos fundamentales. Es obvio, sin embargo, que el tratamiento de las dificultades interpretativas que en este plano puedan surgir, o la determinación en particular del significado de cada uno de estos límites, no corresponde a la dogmática general de los límites a los derechos fundamentales, que es la que constituye el objeto de esta investigación doctoral, sino a la dogmática especial de cada derecho y, en particular, de sus límites. Sobre ello existe unanimidad en la doctrina y, por ello mismo, no se abordará aquí esta cuestión.

Lo que sí conviene subrayar es que estos límites son límites directos en el sentido de que no se remiten formalmente al legislador para que éste —bien directamente, bien mediante remisión a su vez a la Administración o al poder judicial, como se verá— determine qué intereses pueden dar lugar a una limitación del derecho fundamental de que en cada caso se trate. Ello no excluye la competencia del legislador, pero éste tendrá que partir de ciertos criterios *materiales*, decididos ya por el propio Constituyente, para la limitación del derecho fundamental en cuestión. Ello no quiere decir otra cosa que se trata de límites que *concretan* ya desde la propia Constitución qué intereses pueden justificar una limitación de cada derecho fundamental y consiguientemente también, por exclusión, qué intereses no están constitucionalmente legitimados para habilitar una limitación a ese derecho fundamental. La fijación con más detalle de esos intereses, de su concreto ámbito y alcance, con relación al derecho fundamental podrá ser, sin duda, problemática, pero en cualquier caso se operará con unos criterios materiales decididos ya en sede constituyente y absolutamente vinculantes para el operador jurídico y, en especial, para los jueces y el propio Tribunal Constitucional.

Por el contrario, en el caso de los límites indirectos, existe una remisión formal al legislador sin la fijación, en principio, de criterio material alguno, aunque, como enseguida veremos, ello no implica una ausencia de todo vínculo constitucional ni la absoluta libertad del legislador, sino que existen cautelas para evitar que por esta vía llegue a producirse un vaciamiento de los derechos fundamentales, aparte de la existencia de las llamadas reservas cualificadas. Pero se trata de cautelas formales, sin que haya criterio material alguno que determine, materialmente, la resolución de las tensiones de las libertades en conflicto con otros intereses.

Por otro lado, es de destacar que se trata no sólo de límites directamente fijados por la Constitución, sino además de límites que la Constitución determina *expressis verbis*, lo que los contrapone a los llamados límites inmanentes *lato sensu* (implícitos), que son también límites contenidos en la Constitución, pero que son resultado de una interpretación. Naturalmente que también los límites expresos, como acabamos de subrayar, hay que interpretarlos, pero están formulados claramente como tales, esto es, de forma expresa la propia LF los regula como límites del derecho fundamental.

Debe, por último, abordarse aquí otra problemática general que se plantea con relación a esta clase de límites: la de si estos límites

constitucionales directos y expresos suponen la exclusión de cualquier otro límite y, en particular, excluyen la aplicación a estos derechos expresamente limitados ya por el propio constituyente de los llamados límites inmanentes *lato sensu*. La respuesta generalizada en la doctrina y la jurisprudencia es que así es, en efecto. Hesse, por ejemplo, con relación concretamente a la libertad de asociación (que es una de las libertades que encuentra límites expresos en la Constitución), afirma: "Fuera de los límites establecidos a través del artículo 9.2 LF [...] una limitación de la libertad de asociación es inadmisibile"<sup>944</sup>.

Sin embargo, Bleckmann sostiene, con carácter general para todos estos límites "concretos", que los mismos pueden revelarse en los casos concretos como demasiado estrechos por no haber pensado posiblemente el constituyente en todos los casos posibles ni prever el desarrollo de nuevos problemas. Y por ello, Bleckmann es de la opinión de que aunque la Constitución, en relación a estos derechos, haya determinado expresamente unos intereses públicos que hay que proteger y pueden limitar tales derechos, de ello no puede deducirse que no existan también otros intereses constitucionales legítimos para restringir estos mismos derechos. Y, por ello, entiende que "en tanto que no protejan [los aquí llamados límites constitucionales directos expresos] los nuevos intereses públicos que se presenten, se trata también aquí, en realidad, de derechos fundamentales 'sin reservas'", con la importante consecuencia de que a estos derechos fundamentales les serían aplicables, además de los límites específicamente previstos para ellos por la Constitución, los límites constitucionales inmanentes *lato sensu* (implícitos) que, según la interpretación predominante en Alemania a la que más adelante nos referiremos con detalle, resultan de aplicación a los derechos fundamentales garantizados sin reservas<sup>945</sup>.

### **C') Límites inmanentes *lato sensu* (implícitos)**

#### **a.- Aplicabilidad**

Se trata aquí de límites a los derechos fundamentales que se derivan *directamente* de la Constitución, pero sin que ésta los haya previsto de forma expresa. Dichos límites juegan respecto de aquellos derechos fundamentales garantizados por la LF sin regular, al mismo tiempo, sus

---

<sup>944</sup> Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 180 y, con relación a la libertad de movimientos del artículo 11, p. 165.

<sup>945</sup> Albert Bleckmann, *Staatsrecht II*, cit., p. 430. Se apoya, para llegar a esa conclusión, Bleckmann en un triple orden de motivaciones. En primer lugar, que el constituyente no pudo abarcar al aprobar los límites expresos todos los intereses imaginables. En segundo lugar, no ha logrado el constituyente, según la opinión general, solucionar de forma sistemáticamente apropiada la problemática de los límites. Y en tercer lugar, los intereses públicos que se pueden contraponer a estos derechos fundamentales están protegidos por la propia Constitución y, si no se quisieran tomar en consideración dichos intereses con relación a estos derechos fundamentales, no serían protegidos, en contra de la voluntad del constituyente. Se introducirían por medio de la interpretación contradicciones evitadas por la Constitución.

respectivos límites mediante cláusulas expresas ni formular tampoco, de modo adjunto a los mismos, una reserva de ley en favor del legislador. Porque existe amplio acuerdo en la doctrina<sup>946</sup> y unanimidad en la jurisprudencia<sup>947</sup> en el sentido de que del hecho de que estos derechos sean garantizados por la LF sin reservas no puede, en modo alguno, deducirse que se trate de derechos garantizados sin límites. Entre estos derechos se encuentra la libertad religiosa del artículo 4.1 LF, la libertad artística, científica, de investigación y de cátedra del artículo 5.1 LF, o el derecho de reunión "en lugares cerrados" del artículo 8.1 LF. Se dice que ni la libertad artística tiene por qué amparar que se instale un teatro callejero en medio de un cruce con mucho tráfico o las ideas artísticas de un arquitecto contrarias al planeamiento urbanístico, ni la libertad de ciencia tiene por qué permitir a un físico atómico experimentar con plutonio en su bodega o a un biólogo hacer ensayos incontrolados al aire libre con virus genéticamente manipulados, ni, en fin, la libertad de cultos debe impedir que se intervenga para impedir que las viudas sean quemadas, que con ocasión de un exorcismo la vida del poseído sea puesta en peligro, ni que los animales sean atormentados.

Y, en efecto, como Bettermann comenta, es imposible que sean libertades "ilimitadas e ilimitables", pues "no puede haber ninguna libertad sin límites", preguntándose: "¿Debe, por ejemplo, el musulmán al mediodía sacar su alfombra de orar en el Dique del Príncipe Elector y ponerse allí a invocar a Alá, sin que la policía pueda y deba intervenir? ...". Ahora bien, de ello no debe deducirse sin más que haya que cubrir la "desnudez" de estos derechos fundamentales, "revistiéndolos con límites o reservas de ley, ni tampoco admirarlos, sino que lo que hay que hacer es cubrir decentemente su desnudez. Los tejidos y patrones necesarios para este trabajo de sastre nos los suministran, por una parte, los otros derechos fundamentales, los armados de límites y, por otra parte, los tomamos del vestuario de la Teoría General del Derecho"<sup>948</sup>.

## **b.- Naturaleza de estos límites**

Aunque en la doctrina alemana se designa a estos límites como

---

946 Por ejemplo, Harmut Bauer, "Koalitionsfreiheit (Art. 9 LF)", en Horst Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 657; Hans-Ingo v. Pollern, "Forum: Immanente Grundrechts-schranken —eine Bestandsaufnahme", *JuS*, 1977, Heft 10, p. 644: "Existe, al respecto, amplia unidad de que la ilimitación formal de los derechos fundamentales no justifica la conjetura de un privilegio material de límites, esto es, la ilimitación absoluta y la irrestringibilidad material de los citados derechos fundamentales" (sin reserva de ley).

947 Por ejemplo, BVerfGE 28, 295, 306: "La Constitución no garantiza [el derecho fundamental sin reserva de ley] sin límites"; estamos, pues, ante derechos "sin reservas, pero no sin límites", pues en la concepción de estos derechos parte la LF de una determinada imagen de la persona que la concibe desarrollándose libremente en el interior de la sociedad, con lo cual estos derechos encuentran límites, los cuales, sin embargo, sólo pueden derivarse de la Constitución pues ése es el "significado" de la falta de reserva de ley: BVerfGE 30, 173, 193.

948 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., pp. 7 ss.

inmanentes, en realidad no son límites inmanentes en sentido estricto, como los estudiados en otro momento en este mismo trabajo, sino que responden, estructuralmente, a una concepción "externa", y no "interna", de los límites a los derechos fundamentales. En realidad, más que de límites inmanentes habría que hablar en este caso de límites implícitos, esto es, de límites que no están expresa o literalmente previstos para un determinado derecho fundamental, pero le son de aplicación a partir de una interpretación conjunta del texto constitucional, del que se deducen *implícitamente*. Pero esta terminología de "límites implícitos" —que nos parece no sólo mucho menos confusa, sino también considerablemente más apropiada, conforme a su naturaleza, para designarlos— es, en cualquier caso, una terminología no utilizada en la doctrina alemana. Por ello, no la utilizaremos tampoco aquí, a diferencia de lo que hemos hecho en la parte general de este trabajo o de lo que haremos al estudiar el capítulo relativo a España. Pero debe constar no sólo que resulta más acertada desde nuestro punto de vista, sino también que es preciso diferenciar netamente, aunque así no se haga en la propia doctrina alemana, entre estos, así llamados, límites "inmanentes" y los límites "inmanentes" ya vistos y que son, en rigor, los únicos límites verdaderamente inmanentes o, cuando menos, límites inmanentes *stricto sensu*, frente a estos límites "inmanentes" sólo *lato sensu* (o, si se prefiere, inmanentes al sistema constitucional o a la LF, pero no al derecho fundamental). Éstos últimos, los que ahora estudiamos, no responden a una concepción "interna" de los límites a los derechos sino que se conciben, pese a su *nomen iuris*, como límites que operan sobre el derecho "desde fuera", esto es, como límites externos, mientras que los límites inmanentes *stricto sensu*, estudiados en otro momento, sí que se insertan en las teorías "internas" de los límites a los derechos fundamentales. De ahí justamente la separación que hemos llevado a cabo de unos y otros.

### **c.- Fuentes de estos límites**

Nos referimos a continuación a las diferentes teorías desarrolladas en la doctrina y la jurisprudencia para la fijación de estos límites, teorías que, a nuestro modo de ver, se diferencian antes que nada por las fuentes de las que deben "beber" estos límites inmanentes según cada una de ellas. Diversificamos aquí, de un lado, las posiciones doctrinales minoritarias, muy diversas y que hemos procurado sistematizar, y de otro lado, la posición de la jurisprudencia constitucional, mayoritariamente aceptada por la doctrina, aunque no sin ciertas precisiones o críticas en ocasiones. Por razones obvias, prestaremos a esta última comprensión jurisdiccional y doctrinal de la cuestión especial atención.

### a'.- Diversas interpretaciones doctrinales

1.- En primer término, resulta obligado referirse a la interpretación sostenida por Mangoldt y Klein, quienes parten de que el artículo 2.1 LF no contiene ningún derecho fundamental autónomo<sup>949</sup>, sino una norma constitucional objetiva que conciben como una fórmula que expresa el concepto general de libertad ciudadana en su delimitación con los intereses de la Comunidad y de otros individuos y el ideal de personalidad o imagen general del hombre de la LF. Se concibe a este principio como un "principio jurídico de libertad", como "la más importante regla de interpretación con una amplia significación para la completa relación Estado-individuo"<sup>950</sup>. Proponen, sobre esa base, la tesis de que el trío de límites del artículo 2.1 LF (derechos de otros, orden constitucional, ley moral), conocido como la triada o la cláusula "en la medida" (*Soweit-Klausel*), resulta de aplicación a todos los derechos fundamentales<sup>951</sup>, y también, por consiguiente, a los derechos garantizados sin reservas<sup>952</sup>, de forma que el artículo 2.1 LF viene a contener una "reserva comunitaria general". Los límites del artículo 2.1 LF se conciben como directamente constitucionales y con efecto constitutivo, y designan límites inmanentes para todos los derechos fundamentales<sup>953</sup>. Otros autores han defendido la aplicación como límite inmanente general a los derechos fundamentales de la ley moral<sup>954</sup>, o también, de los derechos de terceros, aunque en ocasiones no por aplicación analógica o extensiva del art. 2.1 LF, sino autónomamente.

Dürig, por su parte, entiende que el artículo 2.1 LF tiene un doble significado: por un lado, su significado más importante, como derecho fundamental básico comprensivo de todos los derechos de libertad no mencionados por la LF<sup>955</sup>, dotado de un amplio ámbito protegido y unos amplios límites; y por otro lado, como una norma constitucional objetiva. En el primer sentido, no es posible la aplicación de sus límites a los otros derechos fundamentales, en razón de la especialidad de tales derechos respecto del derecho del art. 2.1 LF. Pero en el segundo significado, sí se abre la puerta para una aplicación indirecta de los límites del artículo 2.1 LF

---

949 Por razones de seguridad, determinabilidad y practicabilidad jurídica. Hermann von Mangoldt und Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., p. 168. Y puesto que no es un derecho fundamental, menos puede todavía ser un derecho fundamental "padre", o "madre", del resto de derechos fundamentales, según pretendiera Nipperdey (p. 169). Véase, además, Helmut Schulz-Schaeffer, *Der Freiheitsatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, p. 69.

950 Hermann von Mangoldt und Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., p. 167.

951 En un sentido parecido, BVerwGE 7, 359, 361.

952 En el caso de los derechos fundamentales garantizados con reservas, estos límites sólo son de aplicación subsidiariamente.

953 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., p. 130.

954 Así, Hans-Georg Kluge, "Vorbehaltlose Grundrechte am Beispiel des Schächtens", ZRP, 1992, p. 145.

955 Günter Dürig, "Artikel 2.1 LF", en Theodor Maunz y Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, C.H.Beck, München, 1958, pp. 58-59, afirmando que no entiende la posición de Klein en el sentido de que existe aquí una alternativa (derecho subjetivo o norma constitucional objetiva).

para la interpretación de las limitaciones inmanentes a los derechos fundamentales: si el artículo 2.1 LF es la primera aclaración valorativa del artículo 1.1 LF (dignidad humana), y ya aquí a la libertad se le señalan límites, entonces contiene dicho artículo, formulado precavidamente, también la declaración mínima, que no contradice la dignidad humana, de la vinculación social con que toda libertad debe verse, de forma que no puedan darse nunca los extremos de una "vinculación sin libertad" ni de una "libertad sin vinculación". Ello no quiere decir que se produzca una extensión directa del trío de límites de no perjuicio (*Nichtsstörungsschranken*) del artículo 2.1 LF a todos los derechos fundamentales, sino que en dicho artículo se contiene, en este sentido, un "principio" aplicable indirectamente a todos los derechos fundamentales como "reserva constitucional para la interpretación de los límites inmanentes"<sup>956</sup>. Además, en esta función, los "límites" del artículo 2.1 LF deben entenderse restrictivamente y no ampliamente, como cuando se lo considera en su significado de derecho fundamental autónomo<sup>957</sup>.

Digamos, para acabar, que estas tesis no sólo han sido criticadas de manera hoy generalizada en la doctrina<sup>958</sup>, sino que además,

---

956 Günter Dürig, "Artikel 2.1 LF", cit., pp. 59-60. Esta última cita entrecomillada está en el original y corresponde a Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch*, p. 92. Más recientemente, dice Ipsen que "es inmanente a todos los derechos fundamentales un límite de no molestar [*Nichtstörungsschranke*], que limita la protección iusfundamental a aquellas conductas que no se dirigen a dañar a otros". Id., "Gesetzliche Einwirkungen...", cit., p. 480.

957 Günter Dürig, "Artikel 2.1 LF", pp. 60 ss., en especial 63 ss. para la interpretación restrictiva del "orden constitucional" en esta función y pp. 18 ss., en cambio, para reconocer la interpretación amplia del TCFA de los límites del artículo 2.1 LF en cuanto derecho fundamental.

958 A) En primer lugar, la doctrina ha criticado, en efecto, estas construcciones doctrinales por entender que desconocen la importancia de las garantías específicas de derechos fundamentales y de la especialidad en Derecho, conforme a la regla "lex specialis derogat legi generali" (así, entre otros, Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 72), conduciendo además a una nivelación equiparadora de la sistemática diferenciada de límites en la LF<sup>958</sup>. A lo sumo, se ha dicho que estas tesis pudieran acaso ser admisibles si, de un lado, la expresión "orden constitucional" (uno de los tres límites expresos a la libertad general de acción del art. 2.1 LF) se entendiese, en contra de la jurisprudencia que ha sentado el TCFA y de lo que considera la doctrina mayoritariamente, como limitada a los principios constitucionales básicos (que es, en lo esencial, la propuesta de Erbel, citada por Hans-Ingo Von Pollern, "Forum: Inmanente Grundrechtsschranken...", cit. p. 646, n. 26, cit. por Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo...*, cit., p. 175) y si, de otro lado, el artículo 2.1 LF hablase de los derechos "fundamentales" de terceros y no de los derechos, a secas, de terceros como límite de la libertad general de acción. El TCFA ha entendido, sin embargo, que el "orden constitucional" del artículo 2.1 LF equivale al ordenamiento jurídico general conforme a la Constitución y permite por ello limitar, por ley, el derecho fundamental allí reconocido en favor de cualquier interés público. Y si esta jurisprudencia se extendiese a los derechos fundamentales sin reserva de ley se llegaría a un resultado no querido por el constituyente, pues los derechos fundamentales garantizados sin reservas deben ser asegurados más fuertemente que los derechos fundamentales sometidos a una reserva especial y, sobre todo, que los sometidos a una reserva general de ley (cfr. Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 432). Es más, según v.



lo que es más importante —como argumento ya no sólo de autoridad sino de estricto Derecho positivo—, el propio TCFA ha rechazado expresamente la tesis de la aplicación directa general de los límites del artículo 2.1 LF a todos los derechos fundamentales: "La libertad de creencias no es garantizada sin límites. No se somete a los límites del artículo 2.1 LF [...] El artículo 4.1 LF declara la libertad de creencias, de conciencia y de culto como inviolables (cfr. BVerfGE 12, 1 [4]). Es, frente al artículo 2.1 LF, *lex specialis*. La interpretación de que la libertad de creencias sea limitada por los derechos de otros, el orden constitucional y la ley moral, sería incompatible con la relación de subsidiariedad reconocida por el TCFA en jurisprudencia constante del artículo 2.1 LF con respecto a la especialidad de cada derecho de libertad"<sup>959</sup>.

2.- Algunos autores pretenden aplicar los límites previstos por el artículo 5.2 LF para la libertad de expresión, a todos los derechos fundamentales o bien sólo a los derechos fundamentales sin reservas<sup>960</sup> o incluso únicamente a la libertad artística (en cuanto que está en una estrecha relación con la libertad de expresión, protegiendo ambas libertades diferentes actividades del espíritu humano, pero no diferentes en cuanto a su rango, por lo que no se justificaría un privilegio en cuanto a sus límites para la primera<sup>961</sup>). Otros autores sostienen que son de aplicación a

---

Pollern, la aplicación de este límite a todos los derechos fundamentales dejaría a los mismos "a la disposición del legislador ordinario; el entero catálogo de derechos fundamentales sería vaciado". Hans-Ingo v. Pollern, "Forum: Immanente...", cit., p. 646. b) En segundo lugar, otros autores, como Kathrin Misera-Lang (*Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 90), han señalado, respecto de la concepción de Klein, que el carácter de derecho fundamental del artículo 2.1 LF no parece discutible a la vista de la literalidad del artículo 1.3 LF ("los siguientes derechos fundamentales"). Esta interpretación de Klein resultaría además contradictoria con el texto constitucional en cuanto que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al tener esa pretendida función general, pierde la suya propia de ser aplicado para proteger los derechos fundamentales innominados, no expresamente incluidos en la LF. Impide, asimismo, esta interpretación aplicar la regla *lex specialis derogat legi generali* y se dirige a la implantación de un sistema que elimina la sistemática diferenciada de límites aplicada por la LF (Cfr. Hans-Ingo Von Pollern, "Forum: Immanente...", cit., p. 646). c) Y, en tercer lugar, con relación a la interpretación de Dürig, se ha señalado que en realidad lleva a la extensión directa, bien que encubierta, de los límites del artículo 2.1 LF a todos los derechos fundamentales y que si el artículo 2.1 LF jugase, como parece entenderse, un papel auxiliar en la interpretación, no tendría ninguna eficacia normativa ni llevaría a la deducción, sin más, de ningún límite válido directo para todos los derechos fundamentales (así, Friedrich Müller, *Die Positivität...*, cit., pp. 14 ss). Se critica asimismo la interpretación dual de los límites del artículo 2.1 LF, pues es "demasiado complicada" y hace desdibujarse a los contornos del artículo 2.1 LF. Véase Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 92, quien se refiere también a la interpretación de otro autor, Peters, que sostiene una extensión directa de los límites del artículo 2.1 LF a todos los derechos fundamentales, y con aplicación también directa y no subsidiaria (como Klein).

<sup>959</sup> BVerfGE 32, 98, 107.

<sup>960</sup> Herbert Bethge, "Der Grundrechtseingriff", cit., p. 266.

<sup>961</sup> W. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, München, 1967, pp. 234 ss, 257 ss, 262, cit. por Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 97.

los derechos fundamentales sin reservas, no todos los límites del artículo 5.2, pero sí el que viene constituido por las "leyes generales"<sup>962</sup>.

También en el caso de esta teoría puede señalarse que la misma ha sido criticada de manera general en la doctrina<sup>963</sup> y también el propio TCFA ha terciado, en jurisprudencia ya temprana, en la polémica rechazando la interpretación de la aplicación de los límites del artículo 5.1 LF a los derechos fundamentales sin reserva de ley. Dice, en concreto, el TCFA: "La libertad de creencias no es tampoco limitable a través del artículo 5.2 LF. En contra de ello ya habla la literalidad y posición del artículo 4 LF [...]. Una expresión de opinión es toda manifestación de cualquier expresión subjetiva, esto es, una consideración de valoración subjetiva de hechos, modos de conducta o relaciones. Frente a ello, la libertad de creencias tiene por objeto una certeza, vinculada con la persona humana, sobre la existencia y el contenido de determinadas verdades. Ello, y también el principio de especialidad que se aplica entre ellos en cuanto, sobre todo, a la posibilidad de que se produzcan interferencias entre ellas, lo prohíbe la diferenciación básica de ambos derechos de libertad. La garantía de libertad del artículo 4.1 LF parte, como todos los derechos

---

962 Aquí puede incluirse a Hesse, pero este autor no considera que estemos ante un límite inmanente en el sentido que los tratamos aquí (implícitos), sino ante lo que aquí se ha llamado límites inmanentes *stricto sensu*. Esta diferenciación, con todo, no existe por lo general. Así, no la hace, recientemente y con relación al tema concreto aquí tratado, Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 99.

963 A esta teoría puede, en efecto, y por lo pronto, hacérsele la misma objeción que a la anterior, esto es, que supone que los derechos fundamentales sin reserva de ley no tengan una protección mayor que los derechos fundamentales sometidos expresamente por el constituyente a una reserva de ley, general para más señas (Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 433). Además, la literalidad del propio artículo 5.2 LF es clara al señalar unos límites con relación a las libertades reconocidas en el artículo 5.1 LF pues, si en el artículo 5.1 se reconocen las libertades de opinión, prensa e información, en el apartado siguiente del mismo artículo se dice que "estos derechos encuentran sus límites en las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud, y el derecho del honor personal". Y la propia construcción en sede constituyente del precepto habla en contra de esta extensión de los límites del artículo 5.2 LF más allá de los derechos reconocidos en el artículo 5.1 LF. Todo ello vale para la libertad artística, reconocida en el artículo 5.3 y no en el 5.1 LF, lo que haría arbitraria cualquier aplicación de unos límites regulados en el apartado 2 del artículo 5 para los derechos reconocidos en el apartado 1, evidenciando la propia estructura del precepto, y el reconocimiento separado de las libertades del apartado 1 y las del apartado 3, precisamente una diferenciación querida por el constituyente, en cuanto a sus límites, de unas y otras libertades. Cfr. Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 175. En cuanto a la pretendida aplicación, en particular, del límite constituido por las "leyes generales" (conjuntamente con los restantes del artículo 5.2 o en exclusiva) existen argumentos históricos que muestran que la previsión en el Proyecto Constitucional de 10 al 23 de agosto de 1948 de que los derechos fundamentales se entendiesen, en cuanto de su contenido no resultase otra cosa, en el marco del ordenamiento jurídico general (artículo 21.3), no fue precisamente asumido por la LF. Se ha señalado, asimismo, que tampoco resulta aceptable el argumento respecto de la libertad artística, pues la LF ha querido concebirla como un derecho a separar de la libertad de expresión y no como una especie de la libertad (genérica) de expresión. Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 97-98.

fundamentales, de la imagen del hombre de la Ley Fundamental, es decir, del hombre como personalidad autorresponsable que se desarrolla en el interior de la comunidad. Esta vinculación comunitaria del individuo reconocida por la Ley Fundamental hace posible también el establecimiento de ciertos límites externos a los derechos fundamentales que son garantizados sin reserva. Sin embargo, los límites de la libertad de creencias [...] sólo pueden ser determinados por la Constitución misma. Puesto que la libertad de creencias no contiene ninguna reserva a favor del legislador ordinario, no puede ser relativizada ni a través del ordenamiento jurídico general ni a través de una cláusula indeterminada que, sin punto de partida en la LF y sin suficientes garantías del Estado de Derecho, se contente con una amenaza a los bienes necesarios para la existencia de la Comunidad. Más bien, un conflicto a considerar en el marco de la garantía de la libertad de creencias hay que solucionarlo según el parámetro proporcionado por el orden de valores de la Ley Fundamental y bajo observancia de la unidad de este sistema básico de valores"<sup>964</sup>.

3.- Otra construcción, jurisprudencial en este caso, es la del Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), que sugiere y considera que todos los derechos fundamentales están sometidos a una "reserva comunitaria" en el sentido de que no pueden ejercerse cuando con ello se ponen en peligro bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad<sup>965</sup> o también, según se afirma en otras sentencias, cuando se ponen en peligro los derechos fundamentales de terceros<sup>966</sup>. Ello se fundamenta en cuanto que los derechos fundamentales presuponen la existencia de la comunidad estatal, a través de la cual aquéllos son garantizados, por lo que ésta operaría como límite inmanente o incluido en el interior de los derechos fundamentales. Esta tesis es también seguida y sostenida, con argumentación semejante por algún sector doctrinal<sup>967</sup>,

---

964 BVerfGE 32, 98, 107-108. En sentido idéntico, aunque con una ligera variación terminológica sin relevancia y con relación a la libertad artística, y destacando asimismo, dentro del sistema de valores de la LF, a la dignidad de la persona como valor supremo, ya antes BVerfGE 30, 178, 193.

965 BVerwGE 1, 48, 52; 4, 167, 171); 16, 241, 248, entre otras muchas.

966 BVerwGE 1, 92, 94; 2, 345, 346.

967 Así, Böckenförde, con respecto a la libertad de conciencia, indica que la misma encuentra sus límites allí donde "son directamente amenazados [...] los objetivos elementales, últimos del Estado", citando entre ellos "la existencia del Estado", su seguridad exterior, la garantía de la vida y la libertad de la persona, los derechos del individuo a proteger incondicionalmente. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, VVdStRL, núm. 28, p. 33. Una postura semejante es la mantenida por von Hippel a través de la llamada "reserva de ponderación", según la cual todo derecho fundamental sólo tiene validez "si, y en la medida en que, no se contraponen a los intereses protegidos de libertad ningunos intereses (bienes jurídicos) de valor superior", y aunque este principio sea "totalmente formal" permite, por medio de una valoración de los diferentes intereses, encontrar una respuesta al problema de los límites de los derechos fundamentales. Cada norma de derecho fundamental, según Hippel, es válida sólo cuando, y en la medida en que, no se contrapone al interés protegido por la libertad un interés o bien jurídico de mayor jerarquía, que operaría entonces como límite natural o inmanente. Pero su tesis, como Lang señala, tiene un

aunque es dominante, desde un primer momento, la postura contraria a la misma<sup>968</sup>.

Centrándonos en la jurisprudencia del BVerwG<sup>969</sup>, debe señalarse que este tribunal da a la "reserva comunitaria" que estudiamos un tratamiento, en cierta medida, como límite de los límites de los derechos fundamentales en unas ocasiones, pero por otro lado es utilizada dicha reserva como parámetro para la limitación de los derechos sin reserva de ley. No resulta claro si la jurisprudencia considera que la reserva comunitaria juega un papel en la justificación de las limitaciones a los derechos<sup>970</sup> o recorta ya el ámbito protegido de los mismos, antes ya de toda limitación. El Tribunal no suele además referirse a concretas disposiciones constitucionales sino que habla de bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad estatal pero sin relacionarlos con ningún concreto artículo constitucional. Y así, para restringir la libertad de profesión, son citados como bienes jurídicos contenidos dentro de esta llamada reserva comunitaria, la salud pública, la ordenada administración de justicia y la seguridad del tráfico. Y frente a la libertad artística, se mencionan, con respecto al control judicial de la prohibición de proyección de filmes, la ley moral, así como las instituciones del matrimonio y la familia, si bien es lo cierto que en casi todos los casos la reserva comunitaria no ha servido para hacer admisibles las restricciones a los derechos fundamentales<sup>971</sup>.

Esta reserva comunitaria ha sido criticada de manera generalizada por su profunda indeterminación, que la hace inaplicable como límite de los derechos fundamentales, ante la falta de criterios que permitan dotarla de la determinabilidad y seguridad indispensables y la carencia de toda relación concreta con el texto de la LF. Además, la reserva comunitaria es tanto más rechazable si se tiene presente que viene a proclamar una primacía prácticamente incondicionada de esos bienes comunitarios frente a los derechos fundamentales, lo que no es compatible con la posición de los derechos fundamentales en la LF, que exigirían cuando menos una ponderación. En el caso de la colisión con otros

gran déficit argumentativo en cuanto que la ponderación a realizar no parte de la LF sino que se apela a la evidencia o se habla de una "norma, inmanente al sistema jurídico, de juridicidad suprapositiva". Se trata, por ello, de una fórmula demasiado indeterminada puesto que la LF no establece la superioridad de rango de los intereses con carácter global, sino de modo específico para cada derecho fundamental y como resultado de una interpretación conjunta. Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 116.

968 Ya tempranamente, Otto Bachof, "Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts", *Juristen Zeitung*, 1957, p. 337, advertía de las posibilidades de abuso de esta reserva comunitaria.

969 Una exposición sucinta de esta jurisprudencia puede verse en Hans-Ingo v. Pollern, "Forum: Immanente...", cit., pp. 646-647.

970 BVerwGE 3, 21, 26: el derecho a la libertad de profesión "está limitado desde el principio por medio de la consideración ordenada de los intereses de importancia vital de la Comunidad", con lo cual la restricción que se apoya en dichos intereses "no puede contradecir" la libertad de profesión.

971 Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 110-111.

derechos fundamentales, la doctrina de la reserva comunitaria, al proclamar una pretendida primacía incondicionada, hace simplemente incomprensible por qué un derecho fundamental, sin más que con la referencia a su "puesta en peligro", puede reclamar su primacía sobre los otros.

Por otro lado, la fundamentación de la necesidad de la existencia de la comunidad para la garantía de los derechos, además de ser incompatible con el carácter preestatal de los derechos fundamentales (que el Estado simplemente "reconoce"), carece del apoyo constitucional (y no meramente sociológico) que parece puede exigirse para limitar unos derechos que forman parte del Derecho Constitucional escrito. Ello resulta tanto menos explicable si se atiende a la cuidadosa construcción escalonada de las reservas de ley, con relación a los derechos fundamentales, de la LF, construcción ésta que, al margen de su falta de sistemática o de que se estime su redacción en parte como fruto de la casualidad, debe ser respetada y no lo es cuando se pasa por encima del equilibrio decidido ya en sede constituyente a través de una construcción jurisprudencial, o doctrinal, como la de la reserva comunitaria que extiende los límites de los derechos fundamentales sin ningún claro apoyo, expreso o tácito, en el texto constitucional, con una simple referencia a los intereses de la Comunidad y ello sin perjuicio de los derechos fundamentales que la Constitución consagra como uno de sus pilares básicos.

Con ello se asumiría por el Tribunal Federal Administrativo una tarea que sólo corresponde, en primera línea, al legislador constituyente y, con carácter complementario, al legislador y, en su caso, al Poder Ejecutivo. Los tribunales, incluido el TCFA, deben limitarse a juzgar si los límites a un derecho fundamental tienen o no un fundamento en la Constitución, sin que puedan crear una reserva "material" a todos los derechos sin apoyo en la Constitución. Y no cabe tampoco aludir a una situación de necesidad ("intereses de importancia vital para la comunidad") en cuanto que, como resulta obvio, siempre está abierta la vía de la reforma constitucional.

El BVerwG utilizó, por lo demás, la reserva comunitaria para declarar constitucionales leyes que, según su interpretación, violarían el artículo 19.II, lo cual difícilmente encontraba apoyo constitucional, pues dicho artículo establece con claridad meridiana que "en ningún caso" se puede afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Con ello, la cuestión de la posible admisibilidad o justificación de una intervención legislativa de ese tipo, siquiera excepcional, carece de objeto. Otro entendimiento podría conducir a la absoluta disolución de los contornos de los derechos fundamentales<sup>972</sup>.

El propio TCFA ha rechazado, ya en una sentencia dictada en el año 1971, la aplicación de una posible reserva comunitaria como límite a los derechos fundamentales. Sostuvo ya entonces el TCFA que los derechos fundamentales sin reserva de limitación escrita no deben ser

---

972 Un resumen reciente de estas críticas, con citas bibliográficas, puede verse en Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 112 ss, al que nos remitimos.

relativizados ni a través del orden jurídico general, ni a través de una cláusula indeterminada sin un punto de conexión constitucional, ni argumentando en base a la seguridad jurídica para que los derechos fundamentales sean restringidos para proteger bienes jurídicos necesarios para la Comunidad<sup>973</sup>. Ello incidiría en un cambio de doctrina por parte del propio Tribunal Federal Administrativo. Suele citarse, en este sentido, la sentencia de 7 de octubre de 1975 como la sentencia en la que el BVerwG rectifica su posición inicial. En dicha resolución estimará el Tribunal Federal Administrativo que un derecho como el del artículo 16.2 LF (asilo), normalmente considerado como no sujeto a reserva de ley, sólo puede someterse a las limitaciones que resulten de los derechos fundamentales colisionantes de terceros o de otros valores de rango constitucional, con lo cual se vendría a asumir por completo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya comentada<sup>974</sup>. No obstante, la doctrina ha señalado que dentro de esos valores jurídicos ha incluido el BVerwG a la seguridad del Estado, así como la seguridad de la población, sin punto de partida en la Constitución<sup>975</sup>.

4.- Otro límite inmanente general a los derechos fundamentales se ha visto por la jurisprudencia constitucional en la llamada "reserva del bien común", deducida por el TCFA de la imagen del hombre de la LF<sup>976</sup>, y formulada en estos términos: "La imagen del hombre de la LF no es la de un individuo soberano aislado; la LF, más bien, ha decidido la tensión individuo-sociedad en el sentido de la relación y vinculación comunitarias de la persona, sin con ello violar su valor propio. Ello resulta en especial de una perspectiva conjunta de los artículos 1, 2, 12, 14, 15, 19 y 20 LF. Pero ello quiere decir: El individuo debe someterse a aquellas restricciones de su libertad de acción que el legislador establezca para el mantenimiento e impulso de la convivencia social en los límites de lo generalmente razonable para unas determinadas circunstancias, siempre que con ello la autonomía de la persona permanezca garantizada"<sup>977</sup>.

La "libertad de acción" o *Handlungsfreiheit* mencionada por el TCFA debe entenderse como comprensiva de todos los derechos fundamentales. Por ello, cabría suponer que el TCFA reconoce en esta

---

973 BVerfGE 30, 173, 193.

974 BVerwGE 49, 202, donde se dice que el derecho de asilo es, "visto en sí mismo, un derecho fundamental ilimitable" (p. 204), pues no le son de aplicación "ninguno de los límites inmanentes", pero se admite que pueda, sin embargo, resultar limitado "por medio de la consideración de los derechos fundamentales de otros y de otros valores jurídicos dotados de rango constitucional" (p. 208), remitiéndose el BVerwG expresamente a la jurisprudencia del TCFA (pp. 208-209).

975 Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 111-112.

976 Como Lang señala, ello no debe confundirse con otra función que el TCFA ha atribuido a la imagen del hombre de la LF: la limitabilidad de los derechos fundamentales sin reserva de ley a través de los derechos fundamentales y otros valores constitucionales con los que aquellos colisionen, que se deduce de la imagen del hombre de la LF, que parte de la persona como personalidad responsable, que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social. Véase, BVerfGE 30, 173, 193, entre otras muchas. Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., p. 119.

977 BVerfGE 4, 7, 15; 8, 274, 329; 27, 344, 351; 33, 303, 334; 39, 334, 367.

jurisprudencia un límite inmanente general a los derechos fundamentales, así como un límite de los límites, que vendría constituido por la "cláusula de razonabilidad". El examen de la jurisprudencia constitucional permite, sin embargo, constatar que el TCFA ha utilizado esta fórmula, por lo general, para la interpretación de los límites constitucionales escritos a los derechos fundamentales, pero no para crear nuevos límites generales inmanentes a los mismos, como Lang subraya<sup>978</sup>. Pero incluso cuando así parece afirmarlo el TCFA, de forma que parezca crear tales límites para todos los derechos de libertad, como lo hace en [BVerfGE 39, 334, sobre extremistas en la Función Pública], es lo cierto que a la hora de examinar las intervenciones en los derechos fundamentales para determinar si son, o no, constitucionalmente legítimas, se remite a los correspondientes límites y reservas constitucionales, pero no legitima las intervenciones en función de esos pretendidos límites generales inmanentes, que no juegan así ningún papel importante en la práctica en la jurisprudencia constitucional<sup>979</sup>. Sólo con relación al derecho constitucional a la personalidad, deducido en una interpretación conjunta del artículo 1.1 con relación al artículo 2.1 LF, ha empleado el TCFA esta fórmula para levantar límites<sup>980</sup> "ex novo", lo cual se derivaría de la propia especialidad del derecho fundamental a la personalidad como derecho constitucional no escrito, para el, por consiguiente, no pueden encontrarse en la Constitución ninguna clase de límites expresos<sup>981</sup>.

---

978 BVerfGE 4, 7, 15 ss; 4, 95; 24, 119, 144; 30, 1, 20 ss; 33, 303, 334 ss; 45, 187, 227 ss. Sin embargo, ya tempranamente, con ocasión del comentario de la tercera de las sentencias citadas, v. Pollern señaló que "sobre todo no permite [esta jurisprudencia] reconocer si el parámetro de los límites para los derechos fundamentales sin reserva expresa de ley deben ser sólo las posiciones jurídicas amparadas constitucionalmente", dada la amplitud genérica, demasiado vaga e indeterminada, de esta formulación del TCFA frente a la formulación de los "derechos fundamentales de terceros o valores de rango constitucional" como único límite inmanente (implícito) admisible, fórmula esta última utilizada por el TCFA a partir de BVerfGE 28, 243, 260 ss], y que era, en cambio, una fórmula "claramente limitada y legitimada jurídico-constitucionalmente con precisión". Hans-Ingo v. Pollern, "Forum: Immanente...", cit., p. 648.

979 BVerfGE 39, 334, 360 ss. Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 118 y 119.

980 BVerfGE 27, 344, 351; 32, 373, 379; 65, 1, 44.

981 Lang ha diferenciado en esta jurisprudencia dos afirmaciones diferenciadas. Por un lado, se deduce de la imagen del hombre de la LF la limitabilidad de todos los derechos fundamentales en cuanto que el hombre para la LF es una persona que vive en sociedad y tiene obligaciones con respecto a ésta, no es un individuo aislado, sino socialmente vinculado. Ello no lleva al TCFA, con acierto, a declarar a esa imagen del hombre de la LF como límite a los derechos fundamentales, sino que sólo se la considera un fundamento para afirmar "que los derechos fundamentales están sometidos a ciertas limitaciones", pero no cómo aparecen estas limitaciones en particular. En otro sentido, se formula una reserva del bien común como límite general inmanente para todos los derechos fundamentales, pero ello nada más que como un principio retórico que, fuera del caso del derecho a la personalidad como derecho constitucional no escrito, no ha tenido ninguna relevancia jurídica, pues se confunde con los límites ya positivizados en la LF. Esto último es razonable en cuanto que a esa reserva del bien común le falta apoyatura constitucional como para erigirse en un

## **b'. - La tesis del TCFA y de la doctrina mayoritaria**

### **α) TCFA y doctrina mayoritaria**

El TCFA ha rechazado toda posibilidad de limitación de los derechos fundamentales a través de normas de rango inferior a la Constitución, así como cualquier préstamo de los límites previstos expresamente para un derecho fundamental a otros diversos, y también se ha pronunciado en contra de cualquier reserva global jurídico-material para todos los derechos fundamentales. Ello no le ha llevado, sin embargo, a negar toda posibilidad de limitación de los derechos fundamentales sin reserva de ley o previsión específica de límites, sino más bien a la formulación de una doctrina o interpretación propia en virtud de la cual se hace posible la limitación de los derechos fundamentales sin reserva de ley bajo condiciones constitucionales estrictas y, asimismo, el enjuiciamiento de todo límite a tales derechos, desde un parámetro constitucional estricto. Esta doctrina es la que ha permitido al TCFA "vestir" con decencia a estos derechos, proveyéndolos de los oportunos límites.

La posición del TCFA puede ser expresada brevemente utilizando sus propias palabras: "Sólo los derechos fundamentales colisionantes de terceros u otros valores jurídicos dotados de rango constitucional, en atención a la unidad de la Constitución y al total orden jurídico por ella protegido, están excepcionalmente en condiciones de limitar también los derechos irrestringibles en las relaciones concretas"<sup>982</sup>. Para la solución del conflicto, es preciso determinar a "qué disposición constitucional corresponde el mayor peso para la cuestión concreta a decidir". Y la norma más débil sólo puede retroceder cuando ello aparezca como obligatorio lógico y sistemáticamente; su contenido objetivo valorativo básico debe en todo caso ser respetado<sup>983</sup>.

Esta es hoy una doctrina muy ampliamente aceptada por la literatura científica, al menos en sus términos generales, subrayándose cómo estos límites resultan del principio de "unidad de la Constitución"<sup>984</sup>, esto es, de una interpretación global y sistemática de la LF. El TCFA viene a exigir una ponderación<sup>985</sup>, o bien la observancia del principio de

verdadero límite inmanente general. Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen...*, cit., pp. 119-121.

982 BVerfGE 28, 243, 261, jurisprudencia constante: BVerfGE 81, 278, 292 ss; 83, 130, 139; 84, 212, 228; 92, 26, 41. En la jurisprudencia más temprana, no obstante, no siempre se hacía expresa la exigencia del rango constitucional de los bienes limitadores. Por ejemplo, BVerfGE 28, 295, 306: "sólo aquellos límites que sean exigidos por la protección de otros bienes jurídicos".

983 BVerfGE 28, 243, 261.

984 Especialmente, Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 140; pero también, por ejemplo, Martin Morlok, "Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, Kriegsdienstverweigerung. Artikel 4 GG", en Horst Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 323. En la jurisprudencia constitucional, véase BVerfGE 28, 243, 261; 30, 173, 193; y en lo contencioso-administrativo, BVerwGE 90, 112, 122.

985 Así, para la libertad artística: BVerfGE 30, 173, 191 ss; 81, 278, 292.



proporcionalidad<sup>986</sup>, entre los derechos fundamentales limitados y los derechos fundamentales de terceros o bienes constitucionales colindantes: "En todos los casos en los que una garantía iusfundamental está en contradicción con los derechos fundamentales de terceros o con otros bienes constitucionales, la solución de la relación tensa existente hay que lograrla a través del hallazgo de un equilibrio de los intereses contrapuestos, y protegidos jurídico-constitucionalmente en igual medida, con el objetivo de su optimización. El conflicto entre el derecho fundamental y los otros bienes jurídicos jurídico-constitucionalmente protegidos hay que solucionarlo por medio de una ponderación vinculada al caso"<sup>987</sup>. En el caso de derechos fundamentales con contenido de garantía institucional, como el derecho a la familia y el matrimonio<sup>988</sup>, el TCFA también viene a admitir la aplicación de esta doctrina. La colisión de derechos fundamentales puede, así, ser de dos tipos:

a) En los casos de colisión con otros *derechos fundamentales*, que serán tratados en detalle más adelante dada su sustantividad, se trata de un conflicto con relación a uno o varios derechos fundamentales pero siempre, a diferencia de la concurrencia de derechos fundamentales, entre varios titulares de derechos fundamentales. El ejercicio de un derecho fundamental por su titular no es compatible con el ejercicio de otro o el mismo derecho fundamental por parte de otro titular<sup>989</sup>. Ejemplos de derechos fundamentales colisionantes de terceros constituyen los conflictos entre las libertades de reunión o artística con el derecho de la

986 Para la libertad artística, BVerfGE 83, 130, 143.

987 BVerfGE 87, 37, 45 ss; también 51, 324, 346; 81, 278, 292 ss.

988 Véase la doctrina, en apariencia un tanto equívoca, de BVerfGE 31, 58, 68 ss: No se trata simplemente de que se respete el contenido esencial del derecho, pues el artículo 19.2, que lo garantiza, lo contempla como un límite extremo que afecta a los casos "en los cuales se autoriza al legislador a la restricción de un derecho fundamental", mientras la libertad de celebrar matrimonio no admite límites, sino que presupone, una regulación legal, lo que resulta de la ligazón inescindible entre el derecho y la garantía institucional, la cual exige necesariamente un ordenamiento jurídico. "La realización de la decisión valorativa del artículo 6.1 LF necesita una regulación general de Derecho de Familia, que defina y delimite jurídicamente aquella comunidad de vida entre el hombre y la mujer, que goza como matrimonio de la protección de la Constitución", pero esta regulación deberá "observar los principios estructurales básicos determinantes del instituto del matrimonio, que resultan de poner en relación el artículo 6.1 a formas de vida previas y tradicionales con el carácter de libertad del derecho fundamental garantizado y *con otras normas constitucionales*" (cfr. BVerfGE 10, 59, 66 ss; 29, 166, 176) (subrayado mío). Esto conlleva que las regulaciones de Derecho Civil deben examinarse según el parámetro del artículo 6.1 como norma directiva de mayor rango, que contiene ella misma los principios básicos (BVerfGE 10, 59, 66; 24, 104, 109). Se reconoce, no obstante, al legislador "un notable margen de conformación" (respecto de la forma, capacidad, edad, presupuestos de la disolución, etc), pero ello no supone que tales regulaciones puedan ser incompatibles con la libertad de celebración del matrimonio, "u otros principios estructurales que resulten de la propia Constitución". Igualmente, la aplicación de una regulación legal puede contravenir o lesionar en el caso concreto principios constitucionales generales, como por ejemplo, el principio de proporcionalidad.

989 Hans D. Jarass y Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, cit., p. 32.

personalidad, pero también el equilibrio entre la libertad religiosa positiva y negativa (publicidad religiosa, por ejemplo<sup>990</sup>) o entre diferentes libertades de coalición.

b) En cuanto a los referidos "valores jurídicos de rango constitucional" diversos de los derechos fundamentales de terceros, como límites legítimos de estos derechos, debe señalarse que aquí ha incluido el TCFA, entre otros: la protección de la juventud y la infancia<sup>991</sup>; la existencia y eficacia, así como la seguridad interna y exterior, del Estado, incluido el orden constitucional<sup>992</sup>; la organización y funcionalidad del Ejército Federal<sup>993</sup>; la existencia de las Fuerzas Armadas<sup>994</sup>; la funcionalidad de la administración de justicia<sup>995</sup>; la salud pública y alimentación popular, incluyendo el abastecimiento de medicamentos<sup>996</sup>; la financiación de tareas estatales<sup>997</sup>; la protección medioambiental<sup>998</sup>; los numerosos fines del Estado social<sup>999</sup>; la funcionalidad de la representación parlamentaria<sup>1000</sup>; la existencia de relaciones de especial sujeción<sup>1001</sup>; la lucha contra la desocupación<sup>1002</sup>; la seguridad de la RFA<sup>1003</sup>; la protección del orden democrático en libertad<sup>1004</sup>; el equilibrio económico global<sup>1005</sup>; el medio ambiente<sup>1006</sup>; la bandera federal<sup>1007</sup> y el himno nacional<sup>1008</sup>, el

---

990 Martin Morlok, "Glaubens-...", cit., p. 324. No existe en este caso ninguna primacía general de la libertad religiosa positiva.

991 BVerfGE 30, 336 ss; 31, 229 ss; 83, 130, 139.

992 BVerfGE 6, 32 ss; 20, 162 ss; 21, 239 ss; 28, 175 ss; 28, 191 ss; 28, 243 ss; y 35, 382 ss., para la existencia del Estado y los *Länder*. Para el orden básico constitucional: BVerfGE 5, 85 ss; 20, 162 ss; 25, 44 ss; 25, 64 ss; 25, 69 ss; 25, 79 ss; 25, 88 ss; 27, 71 ss; 27, 88 ss; 27, 104 ss; 33, 52 ss.

993 BVerfGE 28, 243, 261; 69, 1, 21 ss. Véase también, sin embargo, respecto de la prestación sustitutoria, BVerfGE 32, 40, 46 y 48, 127, 159 ss.

994 BVerfGE 28, 36, 47 ss; 28, 243, 261; 48, 127, 159; 69, 1, 21.

995 BVerfGE 17, 108 ss; respecto de la justicia penal en particular, BVerfGE 33, 367, 382 ss; 34, 238, 248 ss; 80, 367, 375.

996 BVerfGE 9, 39 ss; 34, 71 ss; 23, 50 ss; 9, 213 ss; 12, 144 ss; 25, 236 ss; 33, 171 ss; 7, 377 ss; 17, 232 ss; 20, 283 ss; 17, 269 ss; 20, 351 ss; 40, 196, 221.

997 BVerfGE 85, 360, 375.

998 BVerfGE 92, 26, 43.

999 BVerfGE 8, 274, 329; 21, 87, 91; 54, 11, 37 ss; 86, 369, 379 ss.

1000 BVerfGE 82, 322.

1001 BVerfGE 27, 344, 353; 28, 191, 200 y 204; 34, 205, 208 ss; 15, 288 ss; 35, 35 ss; 35, 79, 112 ss.

1002 BVerfGE 21, 245, 251.

1003 BVerfGE 28, 175, 186.

1004 BVerfGE 30, 1, 26 ss. También en el caso L $\ddot{u}$ th el principio de democracia opera como bien colectivo que, por un lado fortalece un derecho fundamental, pero por otro debilita otro derecho igualmente fundamental: BVerfGE 7, 198, 208, 212.

1005 BVerfGE 82, 60, 82.

1006 BVerfGE 92, 26, 43.

1007 BVerfGE 81, 278, 293. Entiende el TCFA que el Estado tiene un derecho fundado en la LF a representarse a sí mismo y remitirse para ello a símbolos y puede además proteger dichos símbolos frente a la denigración, incluso por medio de normas penales, como en el caso de autos. Esta protección podrá operar como límite, por ejemplo, frente a la libertad de expresión o la libertad artística. En el caso, se trataba de una proceso penal originado por un collage con un hombre orinando en la bandera

abastecimiento energético<sup>1009</sup>. Pueden derivarse bien de un precepto constitucional concreto, bien de una idea común a varios de ellos<sup>1010</sup>, pero se rechaza que puedan justificarse restricciones "formalmente sólo con la 'protección de la Constitución' o con la funcionalidad del Derecho Penal [por ejemplo]. Una tal consideración global no se correspondería con el alto rango de esta libertad básica, ni con la circunstancia de que la LF sólo prevé para su protección precauciones totalmente determinadas a nivel jurídico-constitucional. Está, por ello, ordenado determinar los concretos bienes jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente por medio de concretas disposiciones de la LF, que, en una apreciación realista de las circunstancias de hecho, contradigan la garantía del derecho del artículo 5.3, frase 1 LF [libertad artística], y hacerlos concordar con este derecho fundamental"<sup>1011</sup>.

Estos límites inmanentes a los derechos fundamentales sin reserva de ley crean, al igual que la reserva de ley, sólo una posibilidad de intervención, por lo que se necesita también aquí una ley, especialmente si la intervención tiene lugar a través de un acto administrativo o resolución judicial<sup>1012</sup>, de manera que estos límites inmanentes vienen a operar como una reserva de ley cualificada no escrita del siguiente tenor: "Es admisible una restricción de este derecho por ley o con fundamento en la ley, en cuanto que venga exigida imperiosamente por la protección de un derecho fundamental de un tercero u otro valor constitucional de mayor valor"<sup>1013</sup>. Y el legislador no se limita a "declarar" unos límites que resultan ya de la Constitución, sino que los "constituye", para lo cual goza de una libertad o "margen" de conformación (*Gestaltungsspielraum*), si bien tiene que hacer uso de esa libertad conformadora bajo observancia de las normas constitucionales colisionantes y el principio de proporcionalidad, que delimitan su campo libre de juego<sup>1014</sup>.

### β) Posiciones críticas en la doctrina y votos particulares

Son varias, también, las críticas que se han formulado a esta doctrina constitucional. En primer lugar, se ha criticado que a través de la misma se hace necesario realizar una ponderación (en abstracto, a veces) entre el derecho fundamental sujeto a examen y los otros bienes, valores o

---

federal.

1008 BVerfGE 81, 308.

1009 BVerfGE 30, 292, 317.

1010 Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 78.

1011 BVerfGE 77, 240, 255.

1012 BVerfGE 83, 130, 142. Aunque en ocasiones el TCFA lleva a producir la impresión de que, cuando se trata de una ponderación ligada al caso particular, no sea necesaria una ley, lo cierto es que en los casos decididos siempre se basa en una ley, por lo que sólo hay que suponer una argumentación abreviada. De esta doctrina se desvía gravemente la ya comentada BVerwGE 87, 45-46, a la que se ha achacado con razón provocar un caos jurídico-dogmático. Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 80.

1013 Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 80.

1014 Ingo Richter y Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., p. 21.

derechos de rango constitucional, para establecer así una preferencia, pero no se establece ningún procedimiento ni ninguna regla sobre la utilización de la argumentación para ello. En cuanto al proceso de ponderación, nos remitimos a lo que luego diremos al abordar el principio de proporcionalidad.

Una segunda crítica de un cierto sector de la doctrina considera que los bienes constitucionales habilitadores de una limitación inmanente no pueden resultar sin más de meros preceptos de distribución de competencias entre el Estado Federal y los Länder, o de autorización y organización, sino que es necesario verificar que la Constitución no sólo permite una intervención, sino que la dota de un rango jurídico-constitucional parecido al que poseen los derechos fundamentales<sup>1015</sup>. Y sólo son aceptables las restricciones que estén relacionadas de modo necesariamente obligatorio con la intervención afectada, como por ejemplo la garantía del funcionariado de carrera del artículo 33.5 LF<sup>1016</sup> o también el principio del Estado social<sup>1017</sup>. También incluyen aquí dichos autores, con relación a la libertad científica, a "la protección de los animales" "en su ámbito nuclear", por relación con el artículo 74.1.20 LF<sup>1018</sup>. Entienden, además, estos autores que, si en la aplicación de los límites inmanentes es necesaria especial moderación y cautela para no confundir la diferente garantía de los derechos fundamentales sujetos a reserva y los que no lo están, dicha exigencia se acentúa con relación a los límites constituidos no por otros derechos fundamentales, sino por (otros) bienes constitucionales<sup>1019</sup>.

En el seno del propio TCFA, a través de un importante voto particular de los magistrados Böckenförde y Mahrenholz a una sentencia del año 1985, se ha sometido a crítica la posibilidad de derivar bienes constitucionales hábiles para limitar derechos fundamentales de preceptos relativos a la distribución de competencias entre la Federación y los Länder. En concreto, ha ocurrido ello con relación a la organización y funcionalidad del Ejército federal como límite al derecho fundamental de objeción de conciencia, límite que se derivaría de los artículos 12a, 73.1, 87a y 115b según la mayoría del Tribunal. Estos preceptos expresarían

---

1015 Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, p. 32.

1016 Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, p. 32.

1017 Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, p. 445.

1018 Dicho precepto establece que "la legislación concurrente comprende [...] la protección de animales". Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, p. 197. Se trata de un caso muy discutido e importante en la medida en que puede operar tanto respecto de la libertad de ciencia (ensayos con animales), como respecto de la de cultos (matanzas rituales, degollamientos) o la de arte (matar a un animal como parte de una obra de teatro). Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 79. A partir del artículo 20 (obligación estatal de proteger las condiciones naturales de vida) y 75.1.3 (competencia federal para dictar las normas básicas en materia de caza y protección de la naturaleza) se ha deducido por el *Bundesverwaltungsgericht* que la protección de las especies es un valor constitucional que justifica una prohibición de comerciar con objetos de marfil también si han sido trabajados artísticamente.

1019 Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, p. 32.

"una decisión constitucional básica en favor de una defensa militar eficaz del país, que va más allá del contenido inmediato de dichas disposiciones", lo que dotaría a la "organización y funcionalidad del Ejército federal" de "rango constitucional"<sup>1020</sup>. Y algo análogo ocurriría, por lo demás, por ejemplo, con la "funcionalidad de la Administración de Justicia"<sup>1021</sup>, la "funcionalidad del Parlamento"<sup>1022</sup> o el "sentido y fin de las relaciones funcionariales"<sup>1023</sup>.

Pues bien, con respecto al primero de los casos, los magistrados disidentes antes citados, en uno de los votos particulares más importantes de la historia del TCFA, considerarán que la mayoría del Tribunal parte de "una premisa dogmático-teórico-constitucional que hace peligrar la integridad de la validez de los derechos fundamentales y que modifica la estructura básica de una Constitución de un Estado democrático de Derecho"<sup>1024</sup> y es la de derivar límites a los derechos fundamentales de disposiciones de competencia federales (como los artículos 73.1 y 87a LF), de simples normas de autorización (como el artículo 12a LF) o regulaciones de organización (como el artículo 115b LF), pues se trata de meras normas atributivas de competencias, organizativas o de autorización de las que no puede extraerse otra supuesta dimensión o función limitadora de los derechos fundamentales<sup>1025</sup>, tarea para la que no

---

1020 BVerfGE 69, 1, 21 ss. Esta doctrina ya se encuentra en la jurisprudencia anterior del Tribunal (BVerfGE 28, 243, 261; 32, 40, 46; 48, 127, 159 ss.), si bien en esta sentencia del año 1985 la novedad reside en que ese bien jurídico-constitucional constituido por la organización y funcionalidad del Ejército se deriva *también* de los artículos 12a y 87a, en su totalidad, así como del artículo 115b, con lo que se "intenta darle un afianzamiento más amplio", según se objeta en el voto particular. BVerfGE 69, 1, 33.

1021 BVerfGE 19, 342, 348; 20, 45, 49; 20, 144, 147.

1022 BVerfGE 6, 104 ss.

1023 BVerwGE 19, 303, 322.

1024 BVerfGE 69, 1, 58.

1025 Y se sigue diciendo en el voto particular: El contenido normativo de las disposiciones competenciales consiste en permitir la actuación de la Federación en los ámbitos por ellas fijados, con los límites que en su caso se dispongan y no en elevar posibles objetos de actuación estatal a encargos o mandatos jurídico-materiales de actuación o a otras decisiones "valorativas" que restrinjan o deroguen modalidades, o limitaciones, de la actuación estatal establecidas en otros lugares de la LF. Ello sería también aplicable a normas de autorización como las del artículo 12a o a la regulación de organización del artículo 115b. "Las primeras autorizan al legislador a introducir determinadas obligaciones de prestaciones, determinando la última que una determinada competencia será transferida, en caso de Defensa, del Ministro del ramo al Canciller Federal. En ello, y sólo en ello, se basa su contenido normativo" (BVerfGE 69,1, 60). La derivación de estos preceptos de una decisión constitucional básica para limitar derechos fundamentales, se sigue diciendo en el voto particular, constituye, por ello, una reinterpretación inadmisibles de los mismos, sin que pueda afirmarse que ello sería consecuencia de su doble carácter como disposiciones competenciales, autorizativas u organizativas, por un lado, y decisión constitucional básica por otro, pues ni su redacción, ni su posición sistemática, ni su función, ni los trabajos constituyentes preparatorios permitirían llegar a esa conclusión. Es cierto que con estas normas constitucionales pretendió el legislador de reforma constitucional crear los fundamentos para una "defensa funcional del país", pero no a través de una

decisión constitucional básica que se sitúe junto a los artículos 1.1, y 20 LF. Por ello se puede hablar de una "decisión básica" sólo, y como mucho, en el sentido de un concepto descriptivo recopilador de las regulaciones concretas que se han adoptado. Al no entenderlo así la mayoría del Tribunal se ha creado "un arsenal muy amplio e indeterminado de posibles limitaciones de los derechos fundamentales". Lo mismo podría ocurrir a partir de otras disposiciones competenciales, como los artículos 73 y 75, 87.1, 87b o 105.1 LF. La misma objeción puede hacerse a los artículos 12a y 115b. Ello resulta disfuncional y una interpretación inaceptable, como la comparación con el Estado unitario pone manifiestamente de relieve, a juicio de los magistrados disidentes, pues en su Constitución no se necesitan normas distributivas de competencias, pese a lo cual en él sí que deberían ser si acaso igual de importantes y necesarias que en el Estado federal decisiones básicas a modo de distribución de competencias, o valores jurídicos con rango constitucional, que puedan limitar los derechos fundamentales (BverfGE 69, 1, 61). Y, siguen diciendo los magistrados discrepantes, la introducción de la posibilidad de limitar los derechos fundamentales a partir de otros valores constitucionales del mismo rango o de decisiones básicas en forma de disposiciones de competencias, autorizaciones o regulaciones de organización, supone también introducir en la Constitución tensiones para cuya solución aquella no contiene regla alguna. La "unidad de la Constitución" "no es una regla tal, ya que de este tópico no se desprende más que el que debe llevarse a cabo la eliminación de dicha tensión, pero no se indica de qué modo, es decir, según qué principio de prioridad o compensación". De este modo, "la Constitución pierde la certeza de su contenido, que hace posible aplicarla verdaderamente a los hechos a ella sujetos; refleja sólo las tensiones, sin contener una norma de decisión para su solución. La consecuencia es que tiene que tener lugar una ponderación entre los elementos de tensión que no están contenidos normativamente en la Constitución. Esta ponderación, a falta de una regla de carácter general, tiene que estar relacionada con un caso concreto; es llevada a cabo finalmente por el juez, especialmente por el TCFA. El Derecho aplicable no tiene entonces su asiento en la Constitución, sino en la decisión ponderativa del juez. Los derechos fundamentales se convierten en puntos de vista ponderativos, aparecen como intereses de los titulares de derechos fundamentales, a los que se oponen otros intereses o puntos de vista" (BverfGE 69, 1, 62). Desde el punto de vista del Estado democrático de Derecho, consideran los magistrados disidentes que los derechos fundamentales sólo pueden estar sujetos a los límites que la propia LF establece para decidir eventuales conflictos de intereses y situaciones de crisis y "el modo, la amplitud e intensidad del cumplimiento de las funciones estatales tendrán que regirse por ello", lo que no ocurre si se sigue la doctrina del TCFA, desde BVerfGE 28, 243, de que los derechos fundamentales están sujetos a un proceso de ponderación, con lo cual dejarían de ser criterios delimitadores de la actividad estatal respecto del individuo. Si, además, "como contraposición de la ponderación se echa mano de disposiciones de competencia o regulaciones de organización que se sobrevaloran materialmente, cualquier limitación de un derecho fundamental puede ser legitimada por medio de la interpretación de la Constitución". Y esta relativización se agrava cuando para limitar un derecho fundamental se recurre a un pretendido valor constitucional que hace referencia a aquella misión o función estatal contra la que justamente se dirige tal derecho, para limitarla. Así ocurre en el caso de la organización y funcionalidad del Ejército respecto del derecho a la objeción de conciencia. La perspectiva de la mayoría del TCFA hace perder a este derecho su contenido normativo de decisión constitucional inequívoca para convertirlo en un simple punto de vista ponderativo, lo degrada a material de ponderación del procedimiento decisorio de los jueces<sup>1025</sup>. En definitiva, no pueden derivarse "generalmente límites inmanentes a los derechos fundamentales de disposiciones de competencia, normas de autorización o regulaciones de

constituyen, por su contenido normativo y función constitucional, ningún punto de referencia, todo lo cual resultaría agravado por la asunción de un punto de vista ponderativo.

En la doctrina, Stern considera que este voto particular ha influido en la jurisprudencia constitucional y, por ello, dos años después, en su sentencia de 29 de octubre de 1987, el TCFA, aunque parte de una decisión constitucional en favor de la defensa militar del país, no utiliza dicha decisión básica para fundamentar límites inmanentes al derecho a la objeción de conciencia, sino para limitar interpretativamente el objeto protegido por el derecho<sup>1026</sup>. Lo cierto, sin embargo, es que la cuestión de la admisibilidad de limitaciones con base en disposiciones constitucionales distributivas de competencias, autorizatorias u organizativas no ha quedado cerrada, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Alexy, por ejemplo, comenta que "el que algo pertenezca a la competencia de la Federación dice poco acerca de su importancia con relación a los derechos fundamentales. Lo que cae dentro de la competencia de los Estados federados —cabe pensar en el Derecho escolar o policial— puede tener igual o mayor importancia"<sup>1027</sup>. Bleckmann, por su parte, considera, por un lado, que ciertas disposiciones competenciales contienen algunas reservas de regulación muy amplias, como la competencia legislativa de la Federación en materia penal o civil. Así, si se considerasen todos los bienes penalmente protegidos como protegidos indirectamente por la Constitución, sería posible para el legislador prácticamente cualquier regulación sin límites. Pero, por otro lado, entiende Bleckmann que, dado que en una Constitución federal sólo se determinan expresamente las competencias de la Federación, las competencias que no son de ésta, sino de los *Länder*, no podrían operar como límite inmanente *lato sensu* o implícito a los derechos fundamentales, lo que ocurriría, por ejemplo, con la seguridad y orden públicos (competencia de policía de los *Länder*), que no podrían tener eficacia, pongamos por caso, frente a la libertad artística. "Esto no puede haber sido querido por la LF; la LF de manera consciente, más bien, ha protegido expresamente sólo una parte de los intereses constitucionalmente relevantes", pero implícitamente ha querido también proteger, a través del reparto competencial, los otros intereses públicos. De este modo, están, concluye este autor, "también protegidos los intereses públicos en la existencia y funcionamiento de la Federación y los *Länder*"<sup>1028</sup>. Richter y Shuppert, en fin, consideran que estas disposiciones pueden operar como límite a los derechos fundamentales siempre que se refieran a un ámbito regulador estrechamente delimitado, de manera que se les pueda atribuir un contenido material semejante al de una norma-encargo<sup>1029</sup>.

---

organización, porque éstas no confieren para ello, según su contenido normativo y su función constitucional, ningún punto de referencia" (BverfGE 69, 1, 63-66).

1026 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 826.

1027 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 131.

1028 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., pp. 435-436.

1029 Ingo Richter y Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., p.

## **B) Límites constitucionales indirectos: Limitaciones “por ley” y “con base en la ley”**

Hablamos de límites constitucionales indirectos con relación a limitaciones a los derechos fundamentales que la propia Constitución no establece de modo directo, sino sólo de una forma indirecta o por remisión a la ley. Quiere ello decir que no se contienen en la Constitución criterios materiales en función de los cuales pueda limitarse el ejercicio de los derechos en cuestión, es decir, no se fijan por la propia Constitución los intereses públicos o privados que permiten limitar el derecho fundamental, sino que simplemente hay una remisión a la ley.

Aquí deben incluirse, desde luego, las cláusulas restrictivas de los artículos 2.2, frase 2; 8.2; 10.2; 11.2; 12.1, frase 2; 13.1 y 2; 14.1, frase 2; 16.1, frase 2; y 17.a) cuando se remiten a la limitación del derecho fundamental "a través de la ley o con fundamento en una ley" ("durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes"). Pero también deben considerarse como límites constitucionales indirectos las llamadas "cláusulas de reserva implícitas", que son las que existirían cada vez que se hace referencia a leyes ordinarias como restricciones y que implican que se establece una competencia para la imposición de restricciones<sup>1030</sup>: el "orden constitucional" y los "derechos de terceros", en cuanto que hagan referencia a normas y derechos de rango constitucional, respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad; las "prescripciones de las leyes generales", las "disposiciones legales para la protección de la juventud" y el "derecho al honor personal" respecto de la libertad de expresión y las libertades informativas; la prohibición de las asociaciones "cuyas finalidades o actividad contradigan las leyes penales" respecto de la libertad de asociación; la atribución de competencia al legislador para la "regulación" del derecho (artículo 12 LF); o la atribución de competencia a los jueces para autorizar escuchas (autorización implícita al legislador para determinar los casos en que, y las condiciones bajo las que, puede tener lugar dicha autorización). En estos últimos casos, la competencia para establecer constitutivamente límites a los derechos afectados corresponde al legislador, por más que sea una competencia enmarcada por deberes constitucionales de protección y los consiguientes derechos fundamentales a esa protección<sup>1031</sup>.

Es importante destacar que también en estas hipótesis es la Constitución la fuente de las limitaciones, si bien una fuente más bien formal, pues los límites no los establece ella misma, ni de forma expresa ni de manera implícita, sino que se remite al legislador: 1º.- O bien para que él mismo establezca esas limitaciones (limitaciones "a través de la ley": prohibición de una conducta, por ejemplo), o bien para que regule al menos las condiciones bajo las cuales los órganos del poder ejecutivo o del poder

---

21.

1030 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 283.

1031 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 279-280 y 283.



judicial pueden o deben llevar a cabo la limitación<sup>1032</sup>, esto es, sin establecer por sí misma la restricción al derecho fundamental, sino autorizando simplemente a establecerla y desarrollar la ley por medio de los correspondientes reglamentos (limitaciones "con base en una ley": autorización a la policía para emplear la fuerza, por ejemplo); 2º.- Y esta remisión al legislador puede ser, bien una remisión sin más (reservas simples de ley), bien una remisión con la fijación de determinados criterios materiales (reservas cualificadas de ley). No se trata, en ninguno de los casos, de limitaciones directamente constitucionales sino, siempre, de limitaciones que el legislador podrá establecer *con fundamento en una autorización jurídico-constitucional*, expresa o tácita, para limitar tales derechos, pudiendo, a su vez, en el caso de las limitaciones "con base en una ley", el poder ejecutivo o el judicial aplicar, con fundamento en esa ley, una determinada limitación. Pero en todos los casos se trata de limitaciones *autorizadas por la Constitución y previstas, o a prever, por la ley*, bien en sí mismas, bien en cuanto a los presupuestos necesarios para su adopción por quien corresponda según la propia ley.

Una cuestión que inmediatamente se plantea es la de aquellos casos en los la Constitución autoriza exclusivamente a una restricción "por una ley" o sólo "con base en una ley" (artículos 2.2, frase 3ª, y 14.1, 104.1, frase 1 LF), es decir, sólo se utiliza una de las dos formulaciones: ¿se contiene en el primer caso una prohibición de delegación legislativa y en el segundo una reserva de proceso administrativo? En cuanto a la primera hipótesis, debe señalarse que el TCFA, en todo caso, no ha interpretado que el artículo 104 (que se refiere a los límites fijados "por una ley") contenga una prohibición estricta de delegación, sino que le basta con elevadas exigencias respecto de la densidad de regulación<sup>1033</sup>. En cuanto a la segunda hipótesis (límites sólo "a través de una ley"), que sería la de los arts. 2.1 y 14.1 LF, debe decirse que si el "orden constitucional" del artículo 2.1 LF es el *completo orden jurídico (cualquier norma del mismo con independencia de su rango) en la medida en que sea conforme a la Constitución*, o la propiedad protegida por el artículo 14.1 LF puede ser determinada en su contenido *por cualquier norma jurídica* (ley en sentido material o regla general-abstracta independientemente de su rango jerárquico), quedan por aclarar los requisitos que la reserva iusfundamental fija a la ley limitadora o a la ley autorizatoria de restricciones. Algunos autores consideran que no estamos en estos casos ante simples reservas de juridicidad, porque el orden constitucional de la LF sólo conoce una legislación formal (artículos 77 ss. LF) y precisamente no se reconoce a la Administración ninguna competencia originaria de regulación (art. 80.1 LF). Todas las normas inferiores a la LF necesitan, por ello, una autorización por una ley formal y deben observar los demás requisitos existentes para la validez de las normas. Ello no excluye la existencia, excepcionalmente, de autorizaciones de limitación que resulten ya directamente de la LF, pero esa autorización tiene que ser indudable, como en el antiguo artículo 13.3

1032 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., pp. 140-141.

1033 BVerfGE 14, 174, 186 ss; 14, 245, 251 ss.

**C) Límites en casos especiales****A') La colisión de derechos fundamentales****a.- Concepto**

En una colisión de (o entre) derechos fundamentales, la restricción a un derecho fundamental consiste en que se haga uso de un derecho fundamental a costa de la validez de otro, teniendo ambos derechos diferentes titulares, frente a lo que ocurre en la concurrencia de derechos fundamentales, donde no hay contradicción entre dos derechos fundamentales sino coincidencia o encuentro de los mismos<sup>1035</sup>, que tienen un mismo y único titular. La colisión de derechos fundamentales consiste, por el contrario, en que diferentes titulares de derechos fundamentales reclaman para sí el mismo o distintos derechos fundamentales con la consecuencia de una afectación recíproca de la libertad. Por un lado, comprenden los casos en que un titular de derechos fundamentales consigue una ventaja con base en una conducta estatal, que al mismo tiempo lesiona los derechos fundamentales de otra persona (preferencia en el acceso a un cargo público, concesión de una subvención, otorgamiento de una licencia de construcción). Y por otro lado, los casos que se derivan del reconocimiento por la jurisprudencia del efecto, bien que sólo indirecto, de los derechos fundamentales frente a terceros<sup>1036</sup>, en cuanto que ese efecto conlleva una aplicación de tales derechos en las relaciones de Derecho Privado entre particulares, titulares de derechos fundamentales. Por ejemplo, en la interrupción del embarazo, el derecho fundamental de la madre a la atención a su dignidad (art. 1.1), a la vida e integridad corporal (art. 2.2 LF), así como al libre desarrollo de su personalidad (art. 2.1 LF) y el derecho fundamental del *nasciturus* a la vida (art. 2 ap. 2 frase 1 LF)<sup>1037</sup>; o los posibles conflictos entre la libertad de información y la de expresión en el ámbito de la radiodifusión<sup>1038</sup>; o la colisión entre el derecho de propiedad del propietario de una vivienda y la libertad de expresión de un arrendatario que cuelga una pancarta electoral en una pared exterior<sup>1039</sup>; o la colisión entre la libertad de prensa de un editor de un periódico y la

---

1034 Cfr. Ingo Richter y Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., pp. 21-22.

1035 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 607. Por ello, a juicio de este autor, no pueden agruparse la colisión y la concurrencia de derechos fundamentales bajo un supraconcepto (conflicto de derechos fundamentales), sino que, como en la dogmática jurídica, también aquí el caso de colisión y el de concurrencia deben de ser separados. Se trata aquí de las que Stern, entre otros, llama "verdaderas" colisiones, y no de las no inauténticas o falsas, que serían las que tendrían lugar entre un derecho fundamental y otros bienes o valores constitucionales.

1036 Albert Bleckmann, *Staatsrecht...*, cit., pp. 473-474.

1037 BVerfGE 39, 1, 43.

1038 BVerfGE 57, 295, 321.

1039 BVerfGE 7, 230.

misma libertad de un periodista sobre la publicación o no de un artículo<sup>1040</sup>. La colisión también puede, en fin, producirse de modo que los componentes subjetivos de un derecho fundamental y una garantía de instituto entren en conflicto, como se muestra de manera especialmente clara en el ámbito de la libertad de prensa (art. 5.1 LF), que como garantía de instituto protege la existencia de una prensa libre y funcionalmente apta; mientras que como derecho subjetivo garantiza ante todo la libertad de establecimiento de empresas de prensa<sup>1041</sup>.

## **b.- Nivelación funcional de competencias**

En cuanto a la solución de estas colisiones de derechos fundamentales, considera Stern que, dado que el Estado no sólo tiene que respetar él mismo los derechos fundamentales, sino que también ocupa respecto de los mismos una posición de garante, tiene aquí un deber de actuación, pues no estamos ante meras relaciones jurídicas contradictorias, sino ante constelaciones triangulares, en las cuales participan dos titulares de derechos fundamentales (por lo menos) y el Estado; y es el Estado quien tiene en último término que resolver esas colisiones, si no son zanjadas por los propios particulares titulares de derechos fundamentales. Ello puede hacerlo el Estado a cuatro niveles: a) A nivel constitucional, sólo hay una regla expresa para la solución de colisiones de derechos fundamentales en el artículo 9.3 LF. La referencia a

---

1040 Más en concreto, Stern entresaca de la jurisprudencia (no sólo constitucional) las siguientes constelaciones de casos: libertad de expresión o libertad artística frente a derechos de la personalidad; libertad de ciencia frente a libertad de empresa; libertad de manifestación frente a derechos de la personalidad, libertad general de acción, libertad de profesión o propiedad; libertad general de acción de uno frente a la de otro, por ejemplo en la "lucha" por plazas de aparcamiento; libertad general de acción frente a la protección de la salud, por ejemplo fumadores contra no fumadores; protección de la vida no nacida frente a la libertad de desarrollo de la personalidad de la mujer; protección de la salud frente a libertad de profesión y protección de la propiedad; protección posesoria del arrendatario frente a derecho de propiedad del arrendador; libertad de información frente a derecho de la propiedad con ocasión de la colocación de antenas parabólicas; libertad de radiodifusión o de información frente a medidas de conflicto colectivo; propiedad del terreno frente a propiedad de la mina. Es ampliamente reconocido que también en el ámbito del Derecho del Trabajo se producen gran número de colisiones de derechos fundamentales, para la solución de las cuales, sin embargo, se argumenta frecuentemente más en términos de Derecho laboral que de derechos fundamentales. No obstante, estas colisiones son resueltas en gran medida por la ley laboral, especialmente sus cláusulas generales, el convenio colectivo y el contrato de trabajo. Por ello, sólo se llega a efectivas colisiones de derechos fundamentales en casos excepcionales, pero importantes. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 631 ss, con exhaustivas referencias jurisprudenciales (pp. 632-633).

1041 Si el ejercicio de la libertad de establecimiento por un editor debiese conducir a la construcción de un monopolio de opinión y por ello a la desaparición de la variedad de los productos de la prensa que pertenece a la esencia del instituto "prensa libre", sería del todo admisible que el instituto de la prensa libre justificase una restricción de los componentes subjetivos de la libertad de prensa. Cfr. Klaus-Dieter Borchardt, "Bundesrepublik Deutschland", cit., p. 173.

los "derechos de otros" (también los fundamentales) del artículo 2.1 LF como límite al libre desarrollo de la personalidad es significativo, aunque no es un límite traspasable a los demás derechos fundamentales. El derecho a la igualdad también puede ser entendido como "catalizador de derechos de libertad que coliden", pues puede reconocerse que a todo hombre le corresponde una igual medida de libertad. La libertad de uno es determinada a través de la libertad del otro. Pero por lo general los preceptos de derechos fundamentales no ofrecen reglas de solución, sino que el equilibrio lo proporcionan más bien principios básicos constitucionales o principios hermenéuticos, especialmente el principio de proporcionalidad y el mandato de ponderación con relación al caso particular, como instrumentos inmanentes para la resolución de colisiones; b) A nivel legal, corresponde al legislador un papel decisivo. El Derecho privado, en particular, se revela como un instrumento general de resolución de colisiones, con una larga tradición en este sentido (regulación equilibradora de la responsabilidad contractual, Derechos reales, Derecho de Familia)<sup>1042</sup>. Pero habitualmente, las regulaciones del legislador de las colisiones son generales, sin descender a los detalles y se deja, por ello, todavía un importante campo de juego al Ejecutivo y, en su caso, al Poder judicial<sup>1043</sup>; c) A nivel ejecutivo, también existe un cierto ámbito para la

---

1042 En el Derecho laboral, el legislador ha de tener presente la posición casi siempre más débil del trabajador frente al empresario. Ha de realizar aquí el legislador sus ponderaciones a la luz del efecto recíproco y sobre todo del principio de proporcionalidad. En el Derecho público, el equilibrio se alcanza sobre todo a través de la referencia al principio de igualdad, la vinculación de la discrecionalidad y la observancia de la actuación administrativa constante. El Derecho de construcción de vecindad ha de equilibrar las posiciones de propiedad entre el dueño de la obra y los vecinos o el Derecho de minas entre el propietario del terreno y la empresa minera en atención a la "inevitable colisión en el espacio". También en el ámbito de la radiodifusión tiene el legislador de Derecho público que jugar un papel (BVerfGE 57, 295, 321: "Es competencia del legislador equilibrar tales colisiones" entre la libertad de expresión y la de información en el ámbito de la libertad de radiodifusión) o en el ámbito de las Universidades, en cuanto a la posición de profesores, colaboradores científicos y estudiantes en lo que se refiere a la participación en órganos colegiados. Un ámbito particularmente problemático es el del Derecho de policía, especialmente en cuanto al uso de armas de fuego que pone en peligro la vida y al mismo tiempo debe proteger la vida de otros (el tiro de muerte, por ejemplo, pues las leyes de policía de algunos Länder admiten expresamente un tiro que con toda probabilidad vaya a causar la muerte si es el único medio para la defensa de un peligro actual para la vida o del peligro de una lesión grave de la integridad corporal). Un instrumento legislativo de Derecho público especialmente importante para la solución de colisiones entre derechos fundamentales, y para evitarlas preventivamente, es el Derecho penal, en su tarea de protección de objetos iusfundamentales tales como la vida, la integridad física, la salud, la propiedad, la intimidad, el honor, de manera que los ataques frente a tales bienes no sólo son antijurídicos, sino también castigados. El Derecho Penal es ciertamente, bien que siempre como "ultima ratio", un instrumento de intervención en los derechos fundamentales pero también lo es de protección de los mismos y mecanismo que evita las colisiones por un ejercicio abusivo de tales derechos. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 635 ss.

1043 En este campo, se puede reconocer una cierta tendencia a legitimar directamente a partir de la LF intervenciones para el equilibrio de bienes constitucionales

solución de colisiones, lo que suele pasar desapercibido. Aunque de hecho son el legislador y la jurisdicción los principales órganos conciliadores, la Administración también juega un cierto papel<sup>1044</sup>; d) Pero, sin duda, es al Poder judicial al que corresponde la carga principal en la solución de las colisiones, como "guardián" de los derechos fundamentales. Esta tarea corresponde a todos los tribunales ordinarios, sin duda primariamente en el marco del Derecho ordinario, pero a la luz también del efecto irradiador de los derechos fundamentales, pues una aplicación de la ley contraria a los derechos fundamentales no sólo es una violación jurídica sino también de la propia Constitución. El TCFA cumple, como "guardián supremo", un papel subsidiario de solución de colisiones cuando los otros poderes del Estado no realizan correctamente esta tarea. Por ello, el método para la solución de los mismos utilizado por el TCFA tiene extraordinaria importancia<sup>1045</sup>.

### c.- Método de resolución en la jurisprudencia

El TCFA, frente a otros intentos de solución propuestos en la doctrina, ha insertado la problemática de la colisión de derechos fundamentales en la doctrina de los límites a los mismos y en su comprensión de la *Drittwirkung*<sup>1046</sup>. La solución de estos casos de colisión sólo puede resultar por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación de bienes<sup>1047</sup>. Sin perjuicio de lo que diremos al tratar del principio de proporcionalidad, ahora baste con indicar que, escrutando la doctrina del TCFA, pueden encontrarse algunas constantes jurisprudenciales. En concreto, señala Stern las siguientes: a)

---

contradictorios sin una regulación legal, especialmente a partir de la tarea estatal de protección. Así, el TCFA entiende que el deber estatal de proteger la vida y la integridad física y los intereses de la protección de la juventud legitiman constitucionalmente una advertencia del Gobierno ante las *Jugendreligionen* que afectaba a la libertad religiosa de sus seguidores. Con ello, a juicio de Stern, se renuncia a la autorización legislativa como fundamento de la intervención y de este modo no puede haber ninguna legalidad de la Administración en el sentido de vinculación a determinados rasgos típicos. Ello se puede explicar sólo en el marco de los [especiales] deberes estatales de protección iusfundamental. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 638.

1044 Así ocurre en las situaciones de concurrencia en el Derecho funcional y de subvenciones. También si coliden derechos fundamentales de participación, como por ejemplo el derecho a una plaza en un centro de formación científica, pueden ser necesarias decisiones de la administración. Actos administrativos "de decisión de conflictos" y con "doble efecto" son conocidos hace mucho y pueden en algunos casos referirse a posiciones iusfundamentales y no de Derecho ordinario: por ejemplo, en la concesión de permisos para el acceso a actividades profesionales sujetas a autorización, donde concurren numerosas personas, la concesión de la autorización a uno con relación a la denegación a otros concurrentes muestra el potencial de colisión que la Administración debe equilibrar (concesión de licencias de taxis, transporte de mercancías, etc). También en el Derecho urbanístico pueden darse casos de colisión de derechos fundamentales. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 639 ss.

1045 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 641-642.

1046 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 615.

1047 Klaus-Dieter Borchardt, "Bundesrepublik Deutschland", cit., p. 173.

Juegan un papel importante las reservas de ley que autorizan al legislador a regular tipos de colisión, si bien tampoco los derechos fundamentales sin reserva de ley son garantizados ilimitadamente, sino que pueden verse limitados por otros bienes o derechos constitucionales, bien que su restricción tendrá siempre un carácter excepcional; b) En la problemática de la *Drittwirkung* el TCFA ha seguido desde el principio una línea propia. Es, en primer lugar, un efecto *indirecto* frente a terceros. Viene a exigir el TCFA, en segundo lugar, un equilibrio ponderado de las posiciones iusfundamentales en conflicto, en lo cual corresponde al legislador de Derecho Privado un papel destacado. Si no desempeña el legislador este papel de manera adecuada, corresponderá al juez el papel decisivo de equilibrio a través del mandato de ponderación y proporcionalidad<sup>1048</sup>. Al respecto, acapara para sí el TCFA —al menos, por algún tiempo— un campo de juego de conformación legislativa<sup>1049</sup>. En lo esencial, sin embargo, es reconocida, y en todo caso en tanto las disposiciones iusfundamentales vayan acompañadas de reservas de ley, la competencia primaria de regulación del legislador; c) Aunque el TC evita el concepto de "colisión de derechos fundamentales" (*Grundrechtskollision*)<sup>1050</sup>, en conjunto se puede decir que intenta una vía de solución para las situaciones fácticamente inevitables de colisión que vincula mutuamente formas de argumentación concretas y abstractas. El TCFA trata en lo posible, y ante todo, de evitar que surjan colisiones de derechos fundamentales, excluyendo las colisiones aparentes (*Scheinkollisionen*) a través de la delimitación precisa de los tipos iusfundamentales<sup>1051</sup>.

Otro campo para la solución de conflictos lo deja el TCFA al legislador, que es el conciliador primariamente llamado a disolverlos. En todo caso, el legislador sólo puede realizar la tarea de conciliaciones típicas, pero la "sintonización fina" en el caso concreto corresponde completarla a los tribunales. Esto vale en principio para las instituciones multipersonales como la escuela, las Universidades, la radiodifusión y los litigios sobre protección de la vecindad y de concurrencia, en los que los tribunales en todo caso intervienen cada vez más<sup>1052</sup>. Pero, evidentemente, la mayor parte de las colisiones de derechos fundamentales se plantean al TCFA en las llamadas constelaciones iusprivatistas de efecto frente a terceros (*Drittwirkungskonstellationen des Privatsrecht*), por ejemplo en la regulación del aborto (la madre y el *nasciturus*) o en la protección de la propiedad (arrendatarios y arrendadores), correspondiendo primariamente al legislador lograr un equilibrio proporcional e interviniendo el TCFA correctivamente sólo en casos especiales pues, como Hesse señala, de

1048 BVerfGE 81, 242, 255; BVerfG, NJW 1993, 2035; JZ 1994, 408.

1049 BVerfGE 39, 1, 2 ss; 88, 203, 209 ss.

1050 La mayoría de las veces habla de conflicto (BVerfGE 19, 342, 347; 28, 243, 261; 30, 173, 193; 63, 131, 144; 81, 278, 293), pero no siempre (BVerfGE 57, 295, 321).

1051 Por ejemplo, las muertes, violaciones y otros rituales religiosos violentos o ejercicios artísticos con daño para terceros no caen desde el principio en el ámbito protegido de la libertad religiosa o artística.

1052 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 643-644, con numerosos ejemplos de la jurisprudencia constitucional.

este modo el legislador no hace más que cumplir su tarea clásica de delimitar la libertad de unos frente a la de los otros<sup>1053</sup>.

Pero, incluso con la interpretación tendente a evitar la colisión y con la intervención *primaria* del legislador, las colisiones de derechos fundamentales son inevitables. Corresponderá entonces solucionarlas a la jurisdicción y, en último término, al TC. Para ello, se acude a un proceso de ponderación, en el que el principio de proporcionalidad juega un papel decisivo<sup>1054</sup>. El TCFA no reconoce ninguna primacía básica de determinadas posiciones iusfundamentales, salvo quizás si resulta afectada la dignidad de la persona como tal y no meras emanaciones de la misma, y en particular no se reconoce la fórmula *in dubio pro libertate*. En lo esencial, la ponderación desemboca en una "armonización" de antinomias y en el logro de una "concordancia práctica" para dar un desarrollo óptimo a las posiciones iusfundamentales afectadas. Hay que decidir, en consideración a la conformación del caso típico y a las circunstancias especiales del caso particular, qué interés ha de retroceder<sup>1055</sup>, si bien no siempre es posible llegar a un *equilibrio* de derechos fundamentales que colisionan entre sí (por ej. en la cuestión de la interrupción del embarazo)<sup>1056</sup>. Los parámetros de decisión se basan, de modo no insignificante, en factores de decisionismo judicial. El espectro argumentativo es, conforme a ello, relativamente abierto y subjetivo, con lo que los criterios se hacen depender, en cierta medida, de la intuición y la precomprensión de la instancia ponderadora. No se deja reconocer si el TCFA se hace responsable de ello; sea como sea, con respecto de las situaciones de colisión en el ámbito del artículo 5.1 y 5.3 LF (libertades de expresión, información, prensa, arte y ciencia) hace hincapié el Tribunal de manera evidente en que pondera "casuísticamente" (*fallbezogen*). Dado que es extraordinariamente difícil realizar pronósticos para encontrar una solución de la colisión, sería especialmente necesario fijar ciertos criterios objetivos al respecto<sup>1057</sup>.

---

1053 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 647 ss.

1054 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 650. La ponderación de bienes jurídicos resulta, como en otros conflictos de normas, inevitable (pp. 653-654).

1055 BVerfGE 35, 202, 205; 28, 243, 261.

1056 Klaus-Dieter Borchardt, "Bundesrepublik Deutschland", cit., p. 173.

1057 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 618-619. Basándose en la investigación de Hubmann, Stern se refiere a dos principios que pueden hallarse en la jurisprudencia constitucional, si bien finalmente reconoce que es, en último término, el principio de concordancia práctica, conforme al principio de proporcionalidad, el que, con sus virtudes y sus flaquezas, sigue el TCFA. Los dos principios mencionados son: a) el "principio de ceda el paso" o del apartamiento (*Ausweichprinzip*), que ordena prestar atención en la medida de lo posible a aquel bien jurídico al que se atribuye una importancia menor en el caso concreto. Pero vale también si se contraponen bienes jurídicos de igual peso; b) el principio de provocación (*Veranlassungsprinzip*), según el cual aquel que provoca un conflicto de intereses debe tener en cuenta que choca con la crítica y lleva a éste a la publicidad. Quien ataca, debe contar con reacciones y contraataques. De ello pueden resultar influencias en la ponderación de los bienes jurídicos en juego. Como ejemplos del primero cita BVerfGE 30, 173, 195; 35, 202, 232, a comparar con 54, 208, 220; y como ejemplo del segundo BVerfGE 54, 129, 138, junto

### B') La concurrencia de derechos fundamentales<sup>1058</sup>

Existe concurrencia de derechos fundamentales cuando un mismo titular de tales derechos lleva a cabo una conducta que es encuadrable, al mismo tiempo, en los "tipos" de dos o más derechos fundamentales. El problema de la concurrencia es el de cuál de varios derechos fundamentales a primera vista aplicables a una conducta de un mismo sujeto es el que resulta finalmente de aplicación. Sería el caso, por ejemplo, de un periodista que es obstaculizado en su trabajo, pues se daría una concurrencia *prima facie* de la libertad de expresión y la de profesión. Pero con frecuencia puede, y debe, diferenciarse según la obstaculización sea específica de la prensa o específicamente profesional, por ejemplo, si le es dificultada una investigación a causa de su contenido o, en cambio, a través de la imposición de una prohibición de conducir declarada judicialmente y con intencionado efecto regulador de la profesión<sup>1059</sup>. También hay tal concurrencia cuando se exige a los periodistas un requisito subjetivo para la admisión a la profesión de periodistas consistente en tener estudios de bachillerato. En otro caso, el de la incautación de varios objetos durante un registro domiciliario, su conformidad a los derechos fundamentales puede plantearse tanto desde el punto de vista de la inviolabilidad domiciliaria como desde el de la propiedad. También hay concurrencia, en fin, en el caso de un teatro político callejero que organiza desfiles, y durante uno de ellos, la representación en uno de los vehículos lesiona, desde el punto de vista de la Administración, la honra de un político, dando lugar a que la autoridad competente emita un mandamiento prohibiendo la participación de ese vehículo en el desfile: la medida podría tener que ser enjuiciada según el parámetro de las libertades de reunión, de expresión o artística, aparte de ir contra la prohibición de censura<sup>1060</sup>.

A partir de estos y otros muchos ejemplos, y conforme a categorías conocidas en el ámbito del Derecho Penal, pueden distinguirse dos supuestos de concurrencia de derechos fundamentales:

1) Concurrencia de leyes o pseudoconcurrencia: La conducta encaja en el tipo de dos derechos fundamentales entre los que existe una relación de especialidad o subsidiariedad; los dos tipos (o supuestos de hecho) iusfundamentales representan una suerte de círculos concéntricos, incluyendo el círculo mayor (el derecho general) al otro más pequeño (el derecho especial); el derecho fundamental especial tiene todos los rasgos típicos del derecho general pero también alguno más, de él específico<sup>1061</sup>. En este supuesto, la conducta se protege sólo según el derecho especial,

---

con 66, 116, 151; 82, 43, 51; 86, 1, 10 y también 12, 113, 131; 24, 278, 286.

1058 Nos referimos aquí a la llamada concurrencia "horizontal", pues también se habla, en ocasiones, de una concurrencia "vertical" de derechos fundamentales (a nivel internacional, comunitario, nacional, regional).

1059 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 76.

1060 Cfr. BVerfGE 67, 213. Cfr. Ingo Richter und Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., p. 56.

1061 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 477.



según se deduce de la primacía que a lo especial corresponde sobre lo general<sup>1062</sup>. Dado que una de las garantías excluye la aplicación de la otra, se habla de concurrencia de leyes o concurrencia falsa o pseudoconcurrencia de derechos fundamentales (*Gesetzeskonkurrenz oder unechte Konkurrenz*), a interpretar restrictivamente<sup>1063</sup>. Es el caso de la libertad general de acción respecto de los restantes derechos fundamentales (especiales), como la libertad de reunión o de asociación. También es el caso del principio general de igualdad respecto de las formulaciones especiales de la misma, así como de la libertad de conciencia respecto de la objeción de conciencia al servicio militar o de la libertad de asociación respecto de la de sindicación o a la creación de partidos políticos<sup>1064</sup>, o de la libertad de ciencia y artística respecto de la libertad de expresión<sup>1065</sup>.

2) Concurrencia ideal: La conducta encaja en el tipo de dos derechos fundamentales entre los cuales no existe ninguna relación de especialidad (*Idealkonkurrenz*). La protección de la conducta se determina según ambos derechos fundamentales (doble protección o acumulación de protección: *der doppelte Schutz oder die Schutzkumulation*) y si el efecto protector de ambos derechos fundamentales es diferente, ello significa, según amplia doctrina, que una intervención sólo podrá resultar justificada si también lo es con arreglo al derecho fundamental con la mayor protección<sup>1066</sup>. El problema que plantea esta concurrencia de derechos

---

1062 Con todo, la doctrina considera que puede haber excepciones en casos en que no se trate de un verdadero derecho de libertad (o igualdad) especial. Así, el artículo 14 LF protege la libertad de disposición del propietario y, con ello, el momento de la libertad de contratar, pero el artículo 14 (derecho de propiedad) no representa "la" garantía de la libertad contractual, sino que, como derecho fundamental no escrito, es protegida más bien por la libertad general de acción (artículo 2.1 LF), con lo cual, si es afectada la libertad contractual, puede perfectamente surgir una verdadera concurrencia entre el artículo 2.1 y el artículo 14 LF.

1063 En atención a la relación íntima que unos derechos fundamentales guardan con otros, su orientación a una protección iusfundamental amplia y al entrecruzamiento múltiple, la protección cumulativa debe ser la regla y la concurrencia de leyes la excepción a justificar.

1064 BVerfGE 13, 290, 296; 30, 292, 336; 51, 97, 105; 58, 358, 363; 68, 193, 223 ss.

1065 BVerfGE 30, 173, 191 ss; 47, 327, 368. Se discute si existe esta pseudoconcurrencia también en el caso de la relación entre la libertad de culto como garantía especial y las libertades de expresión y reunión como libertades desplazadas, así como entre estas dos últimas, aunque en este último caso hay que rechazarlo más bien, pues la libertad de reunión se refiere a la forma de manifestación de la opinión, no al contenido de la opinión. Por analogía con el Derecho Penal, se habla también, junto a la relación de especialidad o subsidiariedad, de una relación de *Konsumtion*, que sería consecuencia de los entrecruzamientos inarmónicos de garantías. A ello aludiría el TCFA cuando se pregunta por el "centro de gravedad de la intervención". Esta solución confesadamente pragmática se basaría en la idea de que la libertad desplazada representa una medida sin valor para el enjuiciamiento constitucional en atención al alcance e intensidad de la afectación y por ello es desplazada por el derecho fundamental determinante del enjuiciamiento. Ingo Richter und Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., pp. 60-61.

1066 Aunque no faltan propuestas de que la solución venga dada por la aplicación de

fundamentales es sobre todo un problema de límites al derecho y por ello es una problemática que sólo surge en caso de divergencia limitadora de los derechos aplicables (*Schrankendivergenz*)<sup>1067</sup>.

Debe indicarse, sin embargo, que según algunos autores, como Bleckmann, en realidad, en estos casos no puede aplicarse ni la regla de que la conducta esté protegida por el derecho fundamental que otorgue la protección más amplia (o que restrinja más las intervenciones) ni ninguna otra regla general, sino que se trata de una cuestión de interpretación de los ámbitos normativos y los límites de cada derecho en cada caso. Y ello porque los límites de los derechos no es que sean mayores o menores sino que son totalmente diferentes y basta para constatarlo con comparar los límites contemplados en los artículos 5.2, 8.2, 9.2 y 11.2 LF. Bleckmann propone distinguir entre una concurrencia abstracta y una concreta. Dado que no hay reglas generales ni formales para la solución de la concurrencia, la investigación sobre diferentes grupos de casos ha de llevar al menos a ciertos resultados globales. Y en el marco de la concurrencia concreta debe llegarse a una acumulación valorativa, de manera que si es realizado el tipo de varios derechos fundamentales al mismo tiempo por una determinada conducta, la misma debe tener un "mayor valor" que el que correspondería a cada libertad o derecho fundamental aisladamente. Y así al trompetista profesional debe dársele mayor protección que al músico aficionado, por ejemplo en cuanto cause molestias a su vecindario, pues no sólo ejerce, como el *amateur*, su libertad artística, sino también su libertad profesional y la práctica o ensayo

---

la reserva iusfundamental que deje un mayor campo de juego al legislador (la reserva simple antes que la cualificada y ésta antes que un derecho sin reserva de ley). Cfr. Ingo Richter und Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., p. 57. Pero esta solución no resulta admisible por cuanto que, como Lerche señala, no puede ser el sentido de la Constitución permitir que la posible alegación de dos o más derechos fundamentales diversos para una misma conducta juegue en perjuicio del ciudadano. Peter Lerche, "Grundrechtsschranken", cit., p. 803.

1067 Por ejemplo, en el caso de una procesión a cielo abierto se ejerce el derecho fundamental de libertad de conciencia (sin límites expresos en la LF) y la libertad de reunión (sujeta a reserva de ley en la LF). Si se sigue un camino con raíces en una tradición religiosa determinada, toda intervención que afecte al itinerario debe medirse según los dos derechos fundamentales mencionados. Sin embargo, el itinerario y sus restricciones deben enjuiciarse sólo según el parámetro de la libertad de reunión, que es la más fuertemente protegida en la LF. Otro ejemplo: si en el caso de dos libertades como la de profesión y la artística no se produce en principio ninguna concurrencia (un electricista, por ejemplo, realiza su trabajo por una parte y por otra, en su tiempo libre, toca la trompeta), puede, sin embargo, producirse dicha concurrencia en casos particulares (por ejemplo, si toca la trompeta un músico profesional). También hay concurrencia de derechos fundamentales, por ejemplo, si un político profesional pronuncia un discurso o celebra una reunión (libertad de expresión o reunión, por un lado, y de profesión por otro); o si un profesor universitario da una conferencia sobre los resultados de una investigación propia (libertad de expresión y de ciencia y de profesión); o si un profesor de teología interpreta la Biblia (libertad de conciencia, de ciencia y de profesión). Es especialmente importante en estos casos determinar previamente si la medida cuestionada incide realmente en los (ámbitos normativos de los) derechos fundamentales de que se trate.

es para él más necesaria que para el aficionado en cuanto que, a diferencia de éste, vive de tocar la trompeta<sup>1068</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, parece que no puede de ella tampoco desprenderse ninguna solución clara para estos supuestos de concurrencia, sino que la posición del TCFA ha sido esencialmente pragmática y casuística. Y así en ciertos casos el TCFA parece considerar que la conducta enjuiciada encaja en dos o más derechos fundamentales, pero después sólo examina esa conducta desde la perspectiva de uno de ellos<sup>1069</sup>. Como dice Stern, las razones para la solución de la concurrencia en el sentido del desplazamiento de una norma de derecho fundamental o una acumulación de ambas normas iusfundamentales permanecen totalmente confusas. Pero pueden señalarse dos variantes en la solución de la concurrencia<sup>1070</sup>: a) El TCFA se plantea qué derecho fundamental está "en primer plano", es parámetro "preferente" para el examen o debe colocarse "en primera línea", examinando contra qué norma de derecho fundamental se dirige el "centro de gravedad de la intervención"<sup>1071</sup>. Otros hablan aquí de la *Meist-Betroffenheits-Theorie*. Por ejemplo, si el Tribunal comprende las manifestaciones sólo bajo la libertad de reunión, sin prácticamente mencionar la libertad de expresión, como en el ejemplo ya mencionado; b) Pero la mayor parte de las veces, sin introducir la cuestión de la concurrencia, son aplicados los derechos fundamentales conjunta, cumulativamente, sin ningún tipo de precisión dogmática, sino más bien como algo presupuesto como evidente. Esto vale especialmente para la libertad de profesión y la propiedad, sin perjuicio de que en algún caso se aprecie una relación de especialidad<sup>1072</sup>. Y también para los derechos fundamentales procesales respecto de los materiales<sup>1073</sup> y los derechos de

---

1068 Albert Bleckmann, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 480 ss.

1069 BVerfGE 69, 315, 317 y 342: aunque la manifestación tenía, según el propio TCFA, "como fundamento jurídico-constitucional" tanto la libertad de expresión como la de reunión, después el TCFA sólo examina la cuestión desde la perspectiva de esta última, sin decir una sola palabra respecto del examen de la libertad de expresión. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 1384.

1070 Klaus Stern, *Das Staatsrecht II...*, cit., pp. 1385 ss. En realidad, Stern señala tres variantes, pero la segunda la omitimos pues se refiere a la aplicación de la regla de especialidad, que aquí ya ha sido tratada, debido al enfoque distinto de la cuestión. Este autor se refiere también a otras soluciones en la jurisprudencia de los tribunales federales superiores, que siguen también una línea pragmática, con aplicación en algunos casos de la regla de especialidad, mucho más frecuentemente la aplicación cumulativa y el *Bundesverwaltungsgericht* también aplica, en el campo del Derecho urbanístico, la norma de protección más débil o con mayores limitaciones. Se refiere asimismo a las distintas soluciones propuestas en la doctrina para la concurrencia de derechos fundamentales, que van desde posiciones de protección mínima hasta las de protección máxima, que es la postura dominante, aunque con fundamentaciones diversas y que es la que de entrada hemos nosotros seguido. Y propone por último Stern una solución propia (pp. 1394 ss).

1071 Cfr. BVerfGE 77, 308, 332; 36, 321, 330; 38, 61, 79.

1072 BVerfGE 1, 264, 275 ss; 8, 71, 76; 77, 308, 332, 339 ss.

1073 BVerfGE 54, 100, 108 y 115; 83, 182, 194 ss.

### **C') Restricción de los derechos fundamentales en estado de necesidad**

Los derechos fundamentales valen también en el estado de necesidad, pero están sujetos a amplias restricciones cuando están previstas en la "Constitución normal". El "caso de defensa" se da, según el art. 115 a ap. 1 frase 1 LF, cuando el Bundestag, con la aprobación del Bundesrat, entre otras condiciones, constate que el territorio federal está siendo atacado con las armas o se halla bajo la amenaza directa de tal ataque. Para tal caso, e incluso (excepcionalmente) antes de que se declare el estado de defensa en la hipótesis del artículo 80a LF, se contienen en la LF regulaciones especiales restrictivas de la libertad de profesión (artículo 12: servicios civiles obligatorios, servicios sanitarios de las mujeres, prohibición de abandonar el ejercicio de una profesión o el lugar de trabajo). Es asimismo admisible una regulación especial con carácter provisional de la indemnización (art. 115c.2, ap. 1º LF) por expropiación del art. 14 ap. 3 frase 2 LF. Finalmente, respecto de las privaciones de la libertad, los plazos dentro de los cuales las personas detenidas deben ser conducidas al juez pueden ser prorrogados hasta cuatro días (art. 115c.2, ap. 2º LF), para el caso de que un juez no pueda actuar dentro del plazo vigente en épocas de normalidad (artículo 104.2 y 3 LF). Otras autorizaciones a restricciones de los derechos fundamentales para el caso de la Defensa no están previstas en el Derecho de necesidad, salvo lo dispuesto por el artículo 17a.2: "Las leyes referentes a la defensa, con inclusión de la protección a la población civil, podrán determinar que sean restringidos los derechos fundamentales de la libertad de movimientos y de residencia (artículo 11) y de la inviolabilidad de domicilio (artículo 13)".

En caso de "estado de necesidad interno" —que se funda en catástrofes naturales y siniestros especialmente graves, así como en peligros amenazantes para la subsistencia de la Federación o de un Land, o de sus ordenamientos fundamentales liberal-democráticos (artículos 35, 87a y 91 LF)— podrá el Gobierno Federal utilizar a las FAS a fin de apoyar a la policía para proteger la propiedad civil y luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados; y, en lo que ahora importa, el artículo 11.2 LF prevé que podrá restringirse la libertad de movimientos y residencia por ley o en virtud de ley. Estas restricciones no se podrán dirigir, en todo caso, frente a conflictos laborales que se desarrollen con fines de salvaguardia y promoción de las condiciones de trabajo y económicas de las asociaciones contempladas en la frase 1ª (art. 9.3, frase 3 LF).

En cuanto a los límites de las posibilidades de restricción en el estado de necesidad, considera Borchardt que al Estado se le autoriza en estado de necesidad a intervenciones más amplias respecto del caso de

---

1074 BVerfGE 77, 84, 118; 78, 38, 49 y 53; 85, 226, 233 y 237.

normalidad, puesto que los intereses públicos que habilitan para la intervención en estado de necesidad serán mayores, y ante todo también más apremiantes, que en caso de normalidad, con lo que las exigencias a los límites, el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial son menores<sup>1075</sup>.

## D') Relaciones de especial sujeción

### a.- Concepto y sentido

Hesse las conceptúa como aquellas relaciones que fundan una relación estrecha del individuo con el Estado y permiten establecer deberes especiales, y en parte también derechos, que van más allá de los derechos y obligaciones generales del ciudadano, como las relaciones de los funcionarios, soldados, estudiantes de una escuela pública o los presos. Pueden fundarse bien en la entrada voluntaria en las mismas (relación funcional) o con fundamento en la ley (la relación escolar con fundamento en el deber escolar). Se suele seguir una interpretación formalista que contrapone las relaciones de especial sujeción a las de sujeción general a partir del criterio del sometimiento voluntario al mando y la obediencia, pero ello lleva, según Hesse, a que relaciones tan diversas como las de los estudiantes y las de los presos se vean de igual manera como relaciones de especial sujeción, además de que, como señala Borchardt, hay relaciones de especial sujeción en las que el principio "volenti non fit iniuria", con el que trataron clásicamente de justificarse tales relaciones, no encuentra aplicación por faltar toda voluntad (relación del servicio militar o la penitenciaria)<sup>1076</sup>. Tampoco, sigue diciendo Hesse, se deja reducir el *status* general del ciudadano en el Estado burgués a una "relación general de poder". Por ello, Hesse considera que son, más bien, relaciones vitales especiales de autonomía material especial, esenciales para la vida de la comunidad, que, a causa justamente de esta autonomía, requieren también ordenaciones especiales, elásticas. Estas ordenaciones no consisten, sin embargo, en un ámbito que esté fuera de la Constitución, sino que encuentran su propio fundamento en la Constitución (por ejemplo, art. 33.4 y 5 LF, para la relación funcional) o son presupuestas por ella (por ejemplo, art. 74.1.1º LF, para la relación penitenciaria). Más que de sujeción o poder especial hay que hablar de *status* especial, pues tales relaciones, en la fundamentación de los derechos y deberes especiales, introducen al individuo en un ámbito vital especial, fundando así un *status* que se contrapone al *status* general del Estado burgués. En todo caso, dada la especialidad material de estas relaciones, no es posible hablar de un *status* especial unitario, sino de una multiplicidad de diferentes relaciones de *status* especial, que tienen sólo en común que modifican, de distinta forma en cada caso, el *status* general del Estado burgués<sup>1077</sup>.

1075 Klaus Dieter Borchardt, "Bundesrepublik...", cit., p. 178.

1076 Sobre esto último, Klaus-Dieter Borchardt, "Bundesrepublik...", cit., p. 174.

1077 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., pp. 144-145.

## b.- Función

Estas relaciones de *status* especial están dirigidas a realizar ciertas tareas para la vida comunidad que no podrían realizarse si se mantuviese íntegramente el *status* general del Estado de derecho en materia de derechos fundamentales. Sería incompatible con el deber de reserva oficial de los funcionarios, que estos pudiesen alegar su libertad de expresión; o con la ejecución apropiada de la pena que los presos pudiesen alegar su derecho, constitucionalmente no limitado de manera explícita ni sujeto a reserva de ley, a reunirse en espacios cerrados. Hoy existe unidad doctrinal en el sentido de que esta problemática no puede solucionarse sin restringir los derechos fundamentales, pero también hay acuerdo, frente a la vieja teoría del Derecho constitucional, en el sentido de que estas relaciones no sean eximidas sin más de la vigencia de los derechos fundamentales. Falta una interpretación unitaria acerca de los casos y el alcance con que pueden fijarse límites a los derechos fundamentales en las relaciones de *status* especial y cómo hay que fundamentar esos límites. En todo caso, esta fundamentación ha de ser una fundamentación constitucional, pues si los derechos fundamentales están constitucionalmente garantizados, sus límites también habrán de estar determinados, o al menos presupuestos, en la Constitución<sup>1078</sup>.

## c.- Regulación constitucional

La propia LF contiene alguna regulación expresa en este campo. Así, el artículo 17a.1 establece que "las leyes relativas al servicio militar y al servicio de sustitución podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas y del servicio de sustitución se restrinja durante el período de servicio el derecho fundamental a expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen (artículo 5.1, frase 13, primera parte), el derecho fundamental de reunirse libremente (artículo 8) y el derecho de petición (artículo 17) en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva". En el caso de los funcionarios, se establecen unos derechos fundamentales<sup>1079</sup> pero, junto a ellos, también se fija el fundamento de la relación funcional, lo que expresa que tal relación en su peculiaridad pertenece a la existencia del orden constitucional tanto como los derechos fundamentales<sup>1080</sup>. Y lo

---

1078 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., pp. 145-146.

1079 Artículo 33 LF: "1. Todos los alemanes tienen en cualquier Land iguales derechos y obligaciones cívicas; 2. Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público según su aptitud, su capacidad y su labor profesional; 3. El goce de los derechos civiles y políticos, la admisión a los cargos públicos, así como los derechos adquiridos en el servicio público son independientes de la confesión religiosa. Nadie podrá sufrir perjuicio a causa de pertenecer o no a una ideología".

1080 Artículo 33 LF: "4. El ejercicio, con carácter permanente, de funciones de soberanía será confiado, por regla general, a funcionarios del servicio público sometidos a normas de servicio y lealtad establecidas con carácter de Derecho público; 5. El estatuto legal del servicio público se establecerá teniendo en cuenta los principios

mismo valdría, según Hesse, a quien seguimos en esta exposición, para las relaciones escolar y universitaria (artículo 7.5 LF) y para la, totalmente distinta, relación penitenciaria (artículo 74.1.1º, presupuesta también en los efectos limitadores de derechos fundamentales, como la libertad física), si no se trata de uno de los raros casos de limitación por Derecho Constitucional no escrito. Hay que lograr también aquí, según Hesse, una concordancia práctica: ni pueden sacrificarse los derechos fundamentales en aras de la relación de sujeción especial, ni la función de ésta puede ser imposibilitada por aquellos. Debe lograrse una coordinación proporcional que dote de eficacia óptima a ambos. Por ello las relaciones de referencia deben verse también "a la luz de los derechos fundamentales" y la observancia de los derechos fundamentales está ordenada en el marco de lo posible, también si ello conlleva para las autoridades administrativas cargas o complicaciones<sup>1081</sup>.

#### **d.- Restricciones a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción**

Como Hesse señala, para que los derechos fundamentales puedan ser restringidos más allá de las posibilidades generales en una relación de *status* especial deben cumplirse dos requisitos. Por un lado, la relación en cuestión debe encontrar un fundamento en la propia Constitución, estar reconocida por ella o ser presupuesta de manera demostrable por la LF. Por otro lado, la peculiaridad de la relación de *status* especial debe requerir la restricción de que se trate, pues sólo en la medida en que ello sea así resulta admisible una limitación: donde los derechos fundamentales no dificultan, o sólo lo hacen de manera insignificante, la vida en los órdenes especiales, únicamente pueden utilizarse las posibilidades generales de restricción de los derechos fundamentales. Y siempre podrán ser restringidos los derechos fundamentales únicamente en la medida, con el alcance, en que esa restricción venga exigida por la necesaria coordinación proporcional<sup>1082</sup>.

En la doctrina, es conocida entre nosotros la distinción propuesta por Ule, dentro de las relaciones de especial sujeción, de dos (sub)relaciones: la relación fundamental (*Grundverhältnis*) y la relación organizativa o de funcionamiento (*Betriebsverhältnis*). Para Ule, la protección judicial se extiende a la relación fundamental, pero no a la relación organizativa, salvo la relación militar (por la rigurosa obediencia y disciplina exigida a los militares) o la que se entable en torno a "establecimientos cerrados". Se niega esa protección, en particular, para la relación funcional o los establecimientos abiertos. El concepto de establecimientos abiertos y cerrados no se corresponde con el dato de la voluntariedad, sino con el simple hecho sociológico de que el interno mantenga o no el contacto con sus contemporáneos y su "ambiente

---

tradicionales del servicio público de carrera".

1081 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 146.

1082 Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., pp. 146-147.

natural". Pero ni la relación "organizativa" en los establecimientos abiertos ni la funcional se consideran espacios no-jurídicos; simplemente, les basta con la protección indirecta que ofrece el juez disciplinario o el administrativo. En cuanto a la intensidad del control, considera que el examen judicial no puede extenderse a verificar la adecuación de los llamados "juicios pedagógicos o científicos" ni los juicios de los tribunales examinadores<sup>1083</sup>. La teoría de Ule llevaba a una restricción del concepto de intervención, de manera que sólo las intervenciones en la relación básica, esto es, en intereses de mucho peso, debían constituir actos administrativos y por ello, intervención en los derechos fundamentales en el sentido de la definición tradicional de intervención<sup>1084</sup>.

Esta teoría está hoy superada en lo esencial. El TCFA ha exigido que toda restricción de los derechos fundamentales en el marco de una relación de especial sujeción tenga lugar en las formas constitucionalmente previstas, esto es, por ley o con fundamento en la ley, y debe ser asimismo indispensable para lograr un fin comunitario cubierto por el orden de valores de la LF<sup>1085</sup>, lo que supone aplicar el principio de proporcionalidad también en este ámbito. La mayoría de la doctrina se ha adherido a esta concepción general del TCFA. Fundamenta el TCFA su interpretación en la vinculación *ex artículo* 1.3 LF del legislativo, la Administración y el Poder Judicial a los derechos fundamentales; en el artículo 19.1, frase 1 LF y en el principio del Estado de Derecho, normas constitucionales que no pueden dejar la restricción de derechos fundamentales al arbitrio o la discrecionalidad de la Administración. El TCFA atiende a la naturaleza y la peculiaridad, así como al sentido y fin de la relación de *status* especial, reputando admisibles sólo aquellas restricciones de los derechos fundamentales que sean totalmente necesarias en atención al sentido y fin de la relación de *status* especial afectada<sup>1086</sup>, con control de su proporcionalidad. Y con relación a la reserva de ley, el TCFA, rompiendo con la visión tradicional según la cual en el seno de dichas relaciones no era necesaria la existencia de ley o autorización legal para restringir los derechos fundamentales, va a exigir (a partir de los arts. 1.III y 19.1.1 LF, así como del principio del Estado de Derecho) que toda restricción a un derecho fundamental en el seno de una relación de sujeción especial aparezca cubierta por una ley<sup>1087</sup>, si bien no

---

1083 Seguimos la exposición de Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas/Universidad de Córdoba, Madrid, 1994, pp. 125 ss. Cfr. Carl Hermann Ule, "Das besondere Gewaltverhältnis. Probleme des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes", VVDStRL, 15, 1957, pp. 152 ss.

1084 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 440.

1085 Así, para los presos, BVerfGE 33,1, 9 ss; también, 40, 276, 283 ss; 41, 251, 259 ss.

1086 BVerfGE 28, 55, 63 ss.

1087 BVerfGE 33, 1, 11; 40, 276, 283 ss; 41, 251, 259 ss. Esta jurisprudencia del TCFA ha tenido una gran importancia en el ámbito penitenciario, obligando literalmente al legislador a dictar, dentro de un plazo, una ley en materia de ejecución de las penas (BVerfGE 40, 276, 283 ss), reclamada por cierto por la opinión pública y la doctrina



es todavía claro si la observancia estricta de la reserva de ley se refiere a todas las relaciones de sujeción especial o sólo a las de ingreso no voluntario ni si se extiende, o no, tanto a la relación básica como a la de funcionamiento.

Podría pensarse, por último, que la idea de las relaciones de especial sujeción no es necesaria en la medida en que ya mediante la aplicación del método general de examen de constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales, se requiere un análisis de la proporcionalidad de la medida respecto del fin pretendido, que ha de estar constitucionalmente protegido y en el caso de las relaciones de especial sujeción, ese fin sería justamente el que daría vida a la relación de sujeción especial de que se trate. Pero con ello se desconocen, como Bleckmann destaca, tres datos de importancia. Por un lado, las relaciones de especial sujeción no suelen perseguir un único fin u objetivo público que da lugar a las mismas, sino más bien un haz de finalidades que son reguladas por medio del concepto de relación de especial sujeción abstractamente y por su relación de unas con otras y ya sólo por ello el concepto no pierde su significado. En segundo lugar, los intereses públicos que crean las distintas relaciones de especial sujeción (por ejemplo, ejecución de la pena, educación escolar, etc) no son determinados de manera invariable por la LF, sino que, más bien, son fijados la mayoría de las veces por el legislador dentro de un marco constitucional jurídicamente flexible y son, por ello, variables. Los límites necesarios de los derechos fundamentales afectados no hay que fijarlos recurriendo a los intereses públicos protegidos constitucionalmente fuera del derecho afectado, por ejemplo, en las disposiciones competenciales de la LF, sino acudiendo a la propia relación de especial sujeción protegida por la LF. Y en tercer lugar, en el caso de estas relaciones se trata de instituciones delimitadas protegidas constitucionalmente, con determinadas circunstancias, leyes propias y objetivos, cuyo alcance de protección constitucional, que conduce a la correspondiente restricción de derechos fundamentales, sólo puede ser aclarado mediante una concienzuda indagación jurídica y sociológica de esta institución. Por ello, poseen todavía hoy el concepto y la institución de las relaciones de especial sujeción, según Bleckmann, una amplia relevancia constitucional<sup>1088</sup>. Sin fundamentación expresa, así lo acepta también la mayoría de la doctrina.

---

científica desde hacía cien años (así lo sostiene Klaus Tiedemann, "Constitución y Derecho Penal", trad. de Luis Arroyo Zapatero, REDC, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre 1991, p. 158), lo que el legislador hizo diligentemente, dando así fundamento legal a numerosas restricciones a derechos fundamentales contenidas hasta ese momento en meros reglamentos organizativos de los Länder. También tiene gran relevancia esta jurisprudencia en el marco de la relación escolar, con respecto a la cual ha desarrollado también el TCFA la teoría de la esencialidad de la ley (BVerfGE 47, 201), del servicio militar, o la relación funcional (cfr. Klaus Dieter Borchardt, "Bundesrepublik...", cit., pp. 178-179). Todo ello corresponde al estudio de cada derecho fundamental en particular o, en su caso, al estudio monográfico de la categoría de las relaciones de *status* especial.

1088 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., pp. 441-442.

## **E') Abuso y desposeimiento de los derechos fundamentales. Renuncia**

### **a.- Abuso de los derechos fundamentales contra el orden básico demoliberal.**

Bajo el efecto de la experiencia de la República de Weimar, en la que sus adversarios combatieron sin trabas, y finalmente pudieron destruir, bajo la protección de los derechos de libertad, la propia libertad y el Estado de Derecho mismo, la Ley Fundamental ha adoptado con toda conciencia una forma de Estado democrática, que rechaza, ya en el plano constitucional, un abuso de los derechos de libertad para la lucha contra el nuevo orden básico liberal-democrático alcanzado (decisión por una democracia combativa). El orden básico liberal-democrático hay que entenderlo como un orden que con exclusión de cualquier dictadura o gobierno autoritario caracteriza al orden del gobierno del Estado de Derecho sobre la base de la autodeterminación del pueblo conforme a la voluntad de cualquier mayoría y de la libertad y la igualdad. Entre los principios básicos de este orden hay que contar al menos: el respeto a los derechos del hombre concretizados en la Constitución, sobre todo el derecho a la personalidad, el derecho a la vida y al libre desarrollo de la personalidad, la soberanía popular; la legalidad de la Administración; la independencia de los tribunales; el principio de pluripartidismo y la igualdad de oportunidades para todos los partidos, con el derecho a la formación de los mismos y el ejercicio de una oposición<sup>1089</sup>.

Como resultado igualmente de la experiencia 1919-1945, la LF ha tratado de proteger los derechos fundamentales de un posible abuso de los mismos contra el orden demoliberal que presuponen y garantizan y, por ello, ha establecido en su art. 18: "Quien abuse de la libertad de opinión, en especial de la libertad de prensa (art. 5.1), de cátedra (art. 5.3), de reunión (art. 8), de asociación (art. 9), del secreto de la correspondencia, del correo y del telégrafo (art. 10), de la propiedad (art. 14) o del derecho de asilo (art. 16a) para combatir el orden fundamental demoliberal, pierde estos derechos fundamentales". La pérdida no lo es del derecho en sí mismo, sino sólo en cuanto que se trata de su ejercicio en la vida política. El TCFA también puede desposeer a los afectados de su derecho de sufragio (activo y pasivo), así como la capacidad para el ejercicio de cargos públicos y en caso de pérdida de derechos fundamentales por personas jurídicas, puede ordenarse su disolución. Para la declaración de la pérdida es competente sólo el TCFA en régimen de monopolio, lo que no puede ser desvirtuado a través de la creación por el legislador de supuestos de hecho cuya consecuencia jurídica sea la pérdida de los derechos fundamentales. Legitimados para pedir esa pérdida están el Bundestag alemán, el Gobierno federal y un Gobierno de Land. Debe darse un abuso de estos derechos antes enumerados, de un lado, y de otro, un peligro par el orden básico liberal democrático. Hay que decir en favor de la estabilidad

---

<sup>1089</sup> Klaus Dieter Borchardt, "Bundesrepublik...", cit., pp. 178-179.

política de la República Federal alemana que, hasta ahora, sólo se han presentado dos solicitudes de declaración de la pérdida, y ambas han sido rechazadas por el TCFA porque, con arreglo al punto de vista del Tribunal, no se daba ningún peligro serio para el orden básico liberal democrático<sup>1090</sup>. Y es que, como comenta Hesse, los derechos fundamentales deben ejercerse sólo según su espíritu, y no contra su espíritu, si bien el art. 18 debe utilizarse muy prudentemente, pues existe el riesgo de que se pueda *abusar* de su cláusula de abuso, por ejemplo, para eliminar una oposición incómoda.

## **b.- Desposeimiento de derechos fundamentales**

Un desposeimiento de los derechos fundamentales, en la República Federal de Alemania, puede tener lugar por una sentencia penal. Los derechos afectados por ello son el derecho al desempeño de cargos públicos (art. 33 ap. 1 y 4 LF), el derecho de sufragio (art. 38 ap. 2 LF), así como el derecho a la libre elección y ejercicio de la profesión (art. 12 ap. 1 LF). El desposeimiento de estos derechos tiene lugar o como consecuencia de una condena por un delito o de una infracción de una serie de disposiciones del Código Penal de protección del Estado (peligros para el Estado democrático de Derecho: delito premeditado de alta traición e infracciones penales premeditadas en el marco de la seguridad exterior; respecto de las trabas a las elecciones; alteración de las elecciones, coacción electoral, y soborno a los electores; respecto de las conductas de sabotaje a los medios de la Defensa y servicios secretos que ponen en peligro la seguridad; creación de asociaciones terroristas) o como medida de mejora y aseguramiento en forma de prohibición de ejercer una

---

1090 BVerfGE 11, 282 ss; 38, 23 ss. Klaus Dieter Borchardt, "Bundesrepublik...", cit., p. 179. Especiales garantías de abuso ha adoptado la LF para los partidos políticos en el art. 21 ap. 2 LF y para otras asociaciones en el art. 9.2 LF. Con arreglo al art. 21 ap. 2 LF los partidos políticos son inconstitucionales y pueden ser prohibidos por el TCFA, si se dirigen a "dañar o suprimir el orden básico liberal democrático o a poner en peligro la subsistencia de la República Federal alemana". Si este estado de cosas se presenta, hay que averiguar, en virtud de los objetivos del partido o de la conducta de sus partidarios, que no deben ser desde luego miembros del partido, si la organización sobre todo del partido presenta un indicio importante de anticonstitucionalidad. Para la determinación de la inconstitucionalidad y de la prohibición a ella vinculada y de la disolución del partido, a diferencia de las prohibiciones de otras asociaciones conforme al art. 9 ap. 2 LF, sólo es competente el TCFA (el llamado privilegio del partido). Un proceso de prohibición puede ser solicitado por el Gobierno federal, el Bundestag, el Bundesrat o, en cuanto que el partido sólo tenga actividad en un Land de la Federación, por el Gobierno del Land afectado. Consecuencia de la prohibición del partido, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal, es la prohibición de organizaciones equivalentes, así como la pérdida del mandato de todos los representantes de este partido. Hasta ahora, el Tribunal Constitucional federal ha declarado la inconstitucionalidad exclusivamente en dos casos, en el del "Partido Socialista del Imperio" (SRP), de orientación derechista, y en el del "Partido Comunista de Alemania" (KPD), de orientación izquierdista. Klaus Dieter Borchardt, "Bundesrepublik...", cit., pp. 179-180.

profesión ( art. 70 CP). El periodo por el cual puede producirse el desposeimiento de estos derechos fundamentales está entre 1 y 5 años.

### **c.- Renuncia a un derecho fundamental**

Si puede el ciudadano, y hasta qué punto, renunciar a los derechos fundamentales no está regulado ni en la Ley Fundamental ni en una ley. También falta una comprensión unitaria sobre ello en la literatura jurídico-constitucional e incluso en las decisiones jurisdiccionales se encuentran construcciones sobre el tema de la "renuncia a los derechos fundamentales" sólo en raras ocasiones. Atendiendo a la disposición del art. 1 ap. 2 LF, así como al reconocimiento del pueblo alemán de "derechos del hombre inalienables", una renuncia general a los derechos fundamentales es, en sí misma, inadmisibles. Esto no excluye, sin embargo, que el ciudadano pueda en el caso concreto renunciar al ejercicio de un derecho fundamental. Este es, por ejemplo, el caso si el titular de un derecho fundamental consiente con motivo de un trasplante de órganos, la intervención en el derecho fundamental a la integridad corporal (art. 2 ap. 2 frase 1 LF) o accede a un registro de su vivienda por la policía sin orden judicial y con ello renuncia al ejercicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 13 LF). La renuncia al ejercicio de un derecho fundamental no puede llegar al punto de que sea afectado el ámbito nuclear del derecho fundamental (art. 19 ap. 2 LF). Así, el TCFA ha decidido que un *acuerdo* alcanzado con relación a un divorcio, que le garantizaba a una parte "contratante" durante un tiempo un derecho ejecutable frente a la otra parte al traslado de su lugar de residencia, ha limitado ilícitamente el derecho fundamental a la libertad de residencia (art. 11 LF)<sup>1091</sup>.

## **VII.- REQUISITOS DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **1.- Requisitos formales**

#### **A) Reserva de ley limitadora**

#### **A') La reserva de ley como técnica jurídico-constitucional para la restricción de los derechos fundamentales**

##### **a.- Modalidades, orígenes y sentido**

Hay un hecho que salta a la vista en el examen de la reserva de ley de los derechos fundamentales y es que la Constitución, con relación a los derechos fundamentales, construye un "sistema" claramente escalonado en lo que se refiere a las "reservas de ley" a los mismos, que va desde los derechos garantizados por la Constitución sin reservas de ley, pasando por los derechos con reservas de ley "cualificadas", hasta los derechos fundamentales limitables a través de, o "con fundamento en", leyes "ordinarias", o incluso algunos sólo "con fundamento" en una ley. Esto se explica porque no sería posible al Constituyente resolver por él

1091 Klaus Dieter Borchardt, "Bundesrepublik...", cit., pp. 180-181.

mismo, directamente, todos los problemas de limitación de los derechos fundamentales, ni contemplar todas las posibilidades, cambiantes, al respecto, ni sería siquiera ello bueno en cuanto que también debe dejarse espacio al legislador para hacer diferentes "políticas de los derechos fundamentales". Resulta, por ello, imprescindible la colaboración del legislador, quien ha de completar la labor de la Constitución en el marco diseñado por ésta. La reserva de ley es el instituto, la técnica garantista puesta al servicio de esta importante tarea.

Es una técnica que, a diferencia del concepto de *Rechtsstaat*, pero en consonancia con lo que ocurre con todos los restantes principios constitucionales vigentes tras la LF<sup>1092</sup>, no se creó en Alemania, ni era tampoco, por otro lado, desconocida en modo alguno en dicho país antes de la actual LF, pero sí se desconocía con relación a la misma una problemática que la historia iba a poner de manifiesto de un modo especialmente agudo en dicho país. En efecto, a principios de siglo en Alemania, y lo cierto es que así sigue ocurriendo en algunos países con fuerte tradición de libertades, al menos en cierta medida, no preocupaba todavía la cuestión de las limitaciones de los derechos fundamentales, pues se respondía que esas limitaciones no eran otras que las que la ley establecía. Y en ello no se veía ningún problema puesto que a la ley, como expresión de la voluntad general, correspondía esa tarea precisamente y no era concebible un conflicto entre ley y libertad civil, pues una ley que expresa la voluntad general no puede ser enemiga de la libertad, sino solamente su garantía. La legalidad, y el sometimiento de la Administración y los jueces a la misma, se consideraban como garantía suficiente de los derechos.

Sin duda, la amarga experiencia del llamado "vaciamiento" de los derechos fundamentales a través de la reserva de ley en la época de Weimar y la ulterior omnipotencia del legislador fascista y la llamada "perversión" del ordenamiento jurídico, marcaron profundamente al pueblo y al constituyente alemán de 1949<sup>1093</sup> y llevaron a una recepción, "libre" por lo demás (y no meramente por imposición más o menos velada de las potencias ocupantes<sup>1094</sup>), de la doctrina del sometimiento del legislador a los derechos fundamentales, doctrina, por cierto, absolutamente familiar en un país de una tradición bien distinta como Estados Unidos y que, se quiera o no, de dicho país se ha importado.

Pero este sometimiento de la ley a los derechos fundamentales, que Krüger condensara con todo grafismo en su célebre frase de que "antes los derechos fundamentales sólo valían en el marco de la ley; hoy, las leyes sólo valen en el marco de los derechos fundamentales", no va a suponer, contra lo que cabría en un primer momento pensar, la

---

1092 Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 154.

1093 Como Häberle destaca, el abuso de un instituto jurídico (la reserva de ley en los tiempos de Weimar, que condujo a una perversión del sentido y finalidad de la misma) no dice nada contra el instituto como tal, que es un instituto de la Constitución. Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 204.

1094 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 5.

desaparición de la reserva de ley en el ámbito de los derechos fundamentales. Lejos de ello, la ley se mantendrá y cobrará incluso gran protagonismo. Y es que resulta, al menos en los países de tradición continental, un instrumento técnico insustituible en favor de la libertad, como límite efectivo y de gran operatividad frente a las limitaciones de los derechos fundamentales por los poderes ejecutivo y judicial. Pero, a juicio de Bettermann, esa fórmula de Krüger "no es totalmente justa en la distribución real del peso entre los derechos fundamentales y la ley. En realidad, la ley y la norma de derecho fundamental se limitan recíprocamente. El ciudadano conoce, aquí y ahora, la extensión y, por consiguiente los límites, de su libertad, ahora igual que siempre, a través de las leyes"<sup>1095</sup>. Pero las leyes limitadoras de la libertad deben ser jurídico-constitucionales, y legitimarse por medio de los derechos fundamentales. Cada limitación de la libertad establecida a través de la ley debe estar sujeta a la Constitución"<sup>1096</sup>.

#### **b.- Cautelas frente al legislador y teoría de la esencialidad**

Y si bien es cierto que esa verdadera sustracción, por así llamarla, de los derechos fundamentales del ámbito de los poderes ejecutivo y judicial (en el sentido de que éstos sólo pueden actuar en el ámbito de los derechos fundamentales con base y sujeción estricta a la ley), operada a través del instituto de la reserva de ley, se logra a costa, en principio, de dejar a esos derechos fundamentales a disposición del otro poder clásico del Estado: el poder legislativo. En este sentido, es conocido el comentario "con autorizado sarcasmo" de Hans Huber, que nos recuerda Bettermann, sobre el artículo 14 LF ("La propiedad obliga; su uso debe asimismo servir al bien de la generalidad"): "La propiedad obliga, ciertamente. Pero el sensato ujier quería saber a qué obligaba"<sup>1097</sup>.

Éste, y no otro, va a ser precisamente el no pequeño inconveniente de la reserva de ley que se va a poner dramáticamente de relieve en la experiencia histórica alemana a partir de Weimar: la posibilidad de que las reservas de ley sean un "caballo de Troya" por el que se vacíe de contenido a los derechos fundamentales. Pero, sea como sea, la negativa experiencia de Weimar y el nazismo no van a conducir al

---

1095 En este sentido, se habla en la doctrina de una primacía aplicativa (*Anwendungsvorrang*) de la ley respecto de las normas constitucionales, entendido ello, no obviamente en el sentido de que tenga una primacía jerárquica o de validez (*Geltungsvorrang*), que corresponde por el contrario sólo a la Constitución frente a la ley, sino en el sentido de que por lo general la ley tendrá una mayor densidad reguladora que la Constitución y será por ello una regulación especial, que habrá que aplicar antes que la Constitución, pero siempre y cuando sea conforme a la Norma Suprema. No obstante, esta así concebida primacía aplicativa de la ley no tiene la misma importancia en el campo de los derechos fundamentales que en los restantes ámbitos constitucionales. Dieter Schmalz, "Verhältnis Grundrechte – einfaches Gesetz", *Juratelegramm*, núm. 4, 2000, p. 80.

1096 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 6.

1097 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 7.

constituyente alemán de 1949 a prescindir de los aspectos positivos de la reserva de ley como instrumento al servicio de la libertad, ni a la consiguiente desaparición de un instituto para el que no se ha encontrado hasta el día de hoy, en el continente europeo, sustitutivo posible desde la Revolución Francesa, sino a su mantenimiento, si bien con muy diversas cautelas que tiendan a evitar lo que Bettermann llama el eventual riesgo de "estrangulación legislativa de la libertad"<sup>1098</sup>.

Estas cautelas —que son también designadas como "límites de límites" o, más literalmente, como "barreras de barreras" (*Schranken der Schranken*)— son básicamente el contenido esencial de los derechos fundamentales (si no se mantiene una teoría relativa sobre su significación), el principio de proporcionalidad (y el mandato de ponderación), la prohibición de leyes singulares y el mandato de cita. Pero, dado que estas cautelas respecto del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales constituyen realmente los presupuestos de constitucionalidad de todo límite a los derechos fundamentales, de forma tal que una limitación que no respete dichas "barreras de barreras" es constitucionalmente inadmisibles, las mismas serán estudiadas más adelante en el apartado dedicado al examen de los requisitos o presupuestos exigidos constitucionalmente a todo límite de los derechos fundamentales. Al menos a los efectos de este trabajo, creemos que ésa es su adecuada ubicación sistemática, lo cual no impide poner ahora de relieve que los mismos operan, también, como cautelas frente al legislador. Es desde esta perspectiva desde la que debe abordarse la cuestión de cuáles son, al menos en términos genéricos, los intereses que permiten justificar un límite legislativo a los derechos fundamentales, pues está fuera de toda duda que la remisión a la ley no permite el vaciamiento de los derechos fundamentales. En definitiva, se trata de saber si existen criterios constitucionales que limiten las facultades limitadoras de los derechos fundamentales otorgadas al legislador de reserva.

Al respecto, es preciso referirse a la llamada "teoría de la esencialidad" (*Wesentlichkeitslehre*) desarrollada por el TCFA con relación a la reserva de ley y que se refiere tanto a las reservas cualificadas como a las simples y tanto a las leyes directamente limitadoras (límites "a través de la ley") como a las que meramente autorizan a una restricción (límites "con fundamento en la ley") de los derechos fundamentales<sup>1099</sup>. Esta teoría se explica porque, aunque el artículo 80 LF establece que toda autorización para dictar reglamentos debe ser determinada en la ley autorizatoria respecto de su contenido, fin y medida, estos extremos, incluso partiendo de que sean efectivamente determinados en la ley, pueden ser entendidos

1098 Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., p. 5.

1099 No se aplica, en cambio, en el ámbito del equilibrio jurídico-privado entre distintos titulares de derechos fundamentales, en el que no es preciso que haya un fundamento legal (suficientemente determinado). En el ámbito de la irradiación de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho privado, no produce efectos la reserva de ley. Algo parecido podría valer para los otros contenidos objetivos de los derechos fundamentales (protección y concesión de prestaciones). Hans D. Jarass y Bodo Pieroth, *Grundgesetz für...*, cit., p. 33.

tan ampliamente que la decisión propiamente dicha sobre los presupuestos para la intervención en los derechos fundamentales quede, en último término y en realidad, al arbitrio de la Administración autorizada. Y a evitarlo se dirige justamente la teoría de la esencialidad, según la cual el legislador "debe adoptar por sí mismo todas las decisiones esenciales en los ámbitos normativos básicos, especialmente en el marco del ejercicio de los derechos fundamentales, en cuanto esta regulación estatal sea alcanzable"<sup>1100</sup>, también en la medida en que esas cuestiones "esenciales" no constituyan intervenciones<sup>1101</sup>, y no puede el legislador delegar tales decisiones en la Administración. Ello supone que la reserva se consagra, y se robustece, como reserva (de ley) parlamentaria<sup>1102</sup> y con un determinado contenido sustancial mínimo. Por otra parte, el TCFA considera aplicable esta teoría de la esencialidad también a la jurisprudencia: el legislador no puede dejar las decisiones esenciales relativas al ejercicio de los derechos fundamentales a la jurisprudencia, salvo que se trate de conflictos de Derecho civil entre particulares, titulares de derechos fundamentales. Desde otra perspectiva, afirma el TCFA que, a falta de regulación legislativa, la jurisprudencia puede y debe desarrollar soluciones satisfactorias (*sachgerechte Lösungen*) "en cuanto se trate de la relación de titulares de derechos fundamentales del mismo orden", pero no, en cambio, si se trata de "la relación del Estado y sujetos de Derecho Privado" y el Estado actúa como titular de poder público y no como sujeto de Derecho Privado<sup>1103</sup>.

Con todo, esta teoría de la esencialidad, que en su formulación general es seguida mayoritariamente por la doctrina, es criticada por ciertos autores por su alta indeterminación o contenido resbaladizo<sup>1104</sup>. Y lo cierto es que deja abierta la cuestión de determinar qué se entiende en concreto en cada caso por "decisiones esenciales", tarea que resulta dificultada en cuanto que el TCFA separa la reserva de ley o de Parlamento de la "superada fórmula 'intervención en la libertad y la propiedad'"<sup>1105</sup>. Según Pieroth y Schlink, ello da lugar, por un lado, a una ampliación que sigue los nuevos desarrollos de la teoría de los derechos fundamentales, que requieren del legislador también regulaciones de protección, organización, proceso y participación. Pero, por otro lado, podría operar también en sentido restrictivo si, a partir de la diferenciación entre decisiones esenciales y las que no lo son, se exigiese al legislador una regulación sólo para las esenciales. Esto hay que rechazarlo<sup>1106</sup>, pues la teoría de la esencialidad no puede recortar la protección iusfundamental, sino sólo fortalecerla. El significado que corresponde a la teoría citada es, según estos autores, el siguiente: a) ahora como antes, las intervenciones

1100 BVerfGE 61, 260, 275; 88, 103, 116).

1101 Klaus Stern, "El sistema de los...", cit., p. 274.

1102 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 63.

1103 BVerfGE 88, 103, 116.

1104 Cfr. Ingo Richter und Gunnar Folke Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., p. 454.

1105 BVerfGE 47, 46, 79.

1106 Peter Lerche, "Schutzbereich...", cit., p. 767.



sólo pueden tener lugar por ley o con base en la ley; b) las decisiones esenciales sobre los presupuestos, circunstancias y efectos de las intervenciones deben ser adoptadas por el legislador mismo y no pueden ser delegadas a la Administración; y c) la esencialidad de las decisiones se mide según la intensidad con la que son afectados los derechos fundamentales. Y se consideran como especialmente intensas las intervenciones que imposibilitan inmediatamente *varias conductas* que encajan dentro del ámbito protegido de un derecho fundamental; las que *impiden* una conducta, tanto si es poco como si es mucho tiempo; las que hacen depender el ejercicio de los derechos fundamentales no sólo de requisitos subjetivos que el individuo puede cumplir, sino también de *presupuestos objetivos en los que el individuo no tiene influjo*<sup>1107</sup>.

### **c.- El ámbito de libre configuración legislativa para la restricción de derechos fundamentales**

En otro orden de consideraciones, es preciso señalar que si, por un lado, la existencia de reservas de ley plantea la posibilidad de que las mismas vengan a operar como un cauce por el que se vacíen de contenido los derechos fundamentales, y ello se soluciona por medio de una sujeción del propio legislador a los derechos fundamentales, por otro lado, esto último plantea, como Alexy ha subrayado, “el peligro de una sujeción demasiado fuerte” por medio de interpretaciones según las cuales las reservas de ley no establecerían propiamente ninguna competencia del legislador para imponer restricciones a los derechos, sino sólo una competencia de interpretación, no para establecer constitutivamente límites, sino para fijar con un carácter puramente declaratorio los límites que resultan ya de sopesar o evaluar los principios constitucionales. La legislación de reserva no sería más que la interpretación de las restricciones que ya existen en virtud de la Constitución y la razón de la adscripción de estas competencias al legislador residiría, sobre todo, en que existe un margen de interpretación<sup>1108</sup>. Pero esta concepción presenta, como el propio Alexy señala, el inconveniente básico de que existen numerosos casos en que el legislador puede *decidir* si impone o no restricciones, distinguiéndose así dos grupos de casos: a) un caso del primer grupo se da cuando no es claro si una restricción R es o no admisible en vista del peso de principios opuestos. Bajo estas circunstancias, la competencia de decisión del legislador es una competencia para la determinación de la interpretación vinculante; b) un caso del segundo grupo se da cuando es claro que la restricción R es admisible en vista del peso de principios opuestos, pero el legislador tiene libertad de imponerla o no. La existencia de este tipo de casos estaría excluida sólo si toda restricción admisible (permitida) estuviera también ordenada. Esto no puede suponerse. Así, existen casos en los cuales el legislador puede ser más generoso en contra de bienes colectivos y a favor

1107 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 63.

1108 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 284.

de bienes individuales que lo que tendría que ser; esto es, el legislador puede realizar, si lo considera oportuno, el derecho fundamental en una medida mayor que la que le viene exigida por la LF. En ambos grupos de casos, es claro que el legislador fija constitutivamente límites a los derechos fundamentales<sup>1109</sup>. Es decir, son posibles distintas “políticas de los derechos fundamentales”<sup>1110</sup>.

El TCFA, como ya hemos adelantado en un momento precedente, tuvo que abordar la cuestión de qué tipo de intereses podrían justificar una limitación de los derechos fundamentales sujetos a reserva de ley, con ocasión de la libertad de profesión del artículo 12, sometida a una reserva de ley “simple” (esto es, sin específicos criterios materiales delimitadores de la competencia reguladora del legislador). Y entenderá el Tribunal que estos derechos —por contraposición a los derechos que no están sometidos a reserva, que sólo pueden ser limitados por un interés público constitucional, como hemos visto— pueden ser limitados por cualquier interés público, tanto si es un interés constitucional recogido en sede de derechos fundamentales, como si está recogido en otro capítulo de la Constitución, por ejemplo en el catálogo de competencias, como si se trata incluso de un interés no constitucional<sup>1111</sup>. Pero, al mismo tiempo, el TCFA ha venido a señalar al legislador ordinario ciertos límites y así señala en la sentencia a que nos referíamos unas líneas más arriba: “Son dignos de protección aquí no sólo los valores comunitarios ‘absolutos’, esto es, reconocidos generalmente e independientes de cualquier política (como por ejemplo, la salud pública). El legislador puede aprovechar la ocasión de las regulaciones de la profesión también para los intereses comunitarios, que en este sentido no le son fijados, que resultan más bien, en primer lugar, de sus particulares concepciones y objetivos de política económica, social y comunitaria y que él mismo en principio eleva al rango de intereses comunitarios importantes. En tales casos, no puede el TCFA rechazar ya las regulaciones de la profesión porque las concepciones políticas en que se basan sean discutidas. El Tribunal se limita al examen de si los intereses públicos cuya protección lleva a cabo la regulación legislativa pueden representar en realidad valores comunitarios de tan alto rango que justifiquen una restricción de la libre elección de la profesión. Sólo puede rechazar las concepciones del legislador cuando ellas sean evidentemente erradas o incompatibles con el orden de valores de la LF”<sup>1112</sup>. Por tanto, el legislador tiene, en el marco de una específica reserva de ley, una amplia libertad para la elección de los bienes o derechos que pueden limitar un derecho fundamental sujeto a reserva, si bien han de ser, al menos, compatibles con los valores de la LF y la limitación, además, ha de superar

---

1109 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 284-285.

1110 Concepto utilizado por Häberle por vez primera en 1971 y que ha tenido gran acogida en la doctrina. Peter Häberle, “Grundrechte in Leistungsstaat”, *VVDStRL*, 30, 1972, pp. 43 y 104. El trabajo, hoy clásico, ha sido recogido en su libro *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, Athenäum, Frankfurt, pp. 163 ss.

1111 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 431.

1112 BverfGE 13, 97, 107.

el control de la proporcionalidad y los demás requisitos constitucionales generales.

Ahora bien, como ha aclarado el TCFA, con ocasión de su teoría de los tres niveles (desarrollada sobre la libertad de profesión y que da lugar a un examen específico de la proporcionalidad), en caso de intervenciones enérgicas o intensas en los derechos fundamentales puede ser necesario que sea un bien comunitario especialmente importante o sobresaliente el que requiera la regulación. Con ello, sin embargo, nos dice Bleckmann, "los intereses públicos que pueden ser realizados en el marco de la reserva general de ley no son, en suma, limitados". La cuestión del bien comunitario especialmente importante es más bien relevante solamente en un contexto ulterior, en el del examen de la proporcionalidad por medio de la ponderación de los intereses públicos con los derechos fundamentales afectados<sup>1113</sup>.

#### **d.- Reserva de ley y posición jerárquica *prima facie* del derecho fundamental**

Una cuestión que, por último, se plantea con relación a la construcción escalonada del "sistema", tan poco sistemático en sí mismo, de reservas de ley para los límites a los derechos fundamentales, es la de si de este escalonamiento es posible sacar conclusiones respecto de la importancia de cada derecho fundamental que puedan tener interés en la propia tarea limitadora. Una posición ponderada, y común, sobre este punto es la de Hesse, quien observa que "es seguramente obligada también una diferenciación en la *intensidad* de la protección de cada derecho fundamental con la que se perciba ampliamente el significado jurídico de esa nivelación. Pero no puede aceptarse que en ello resida su única, ni tampoco siquiera su primaria función. La carencia de una reserva de ley no indica sin más una mayor dignidad de protección del derecho garantizado. Difícilmente puede admitirse que la libertad de reunión en lugares cerrados (art. 8 ap. 1 LF), que no se somete a ninguna reserva de ley, deba ser más digna de protección que el más antiguo, y más elemental, derecho fundamental a la libertad de la persona, que, sin embargo, está sujeto a una reserva simple de ley (art. 2 ap. 2, frase 2)"<sup>1114</sup>.

#### **B') Carácter excepcional de las reservas a favor de los Poderes ejecutivo o judicial o de los particulares**

En la hipótesis de limitaciones a los derechos fundamentales autorizadas "con base en la ley", es suficiente con que el legislador determine, en una ley formal, "el contenido, fin y alcance de la limitación", autorizando al poder ejecutivo o al judicial a adoptarla en el marco de las condiciones fijadas por la ley. Lo que es indudable, y la doctrina y jurisprudencia constitucionales son unánimes en este punto, es que una

1113 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 431.

1114 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 141.

limitación autónoma de los derechos fundamentales por el poder ejecutivo o el judicial, en el orden constitucional diseñado por la LF, resulta inadmisibles<sup>1115</sup>. Así pues, también en estos casos se requiere el concurso del legislador, dado que toda reserva de ley sólo a él autoriza a fijar limitaciones a los derechos fundamentales y si en este caso se le habilita para dictar leyes que, a su vez, autoricen al poder legislativo o al judicial a esa limitación, debe hacerlo de tal forma que fije las condiciones de la limitación por alguno de esos dos poderes tan exactamente que el poder de limitación no quede totalmente a la discrecionalidad administrativa o judicial.

No obstante, de manera excepcional, en ciertos casos la Constitución establece reservas respecto de afectaciones de los derechos fundamentales sin intermediación del legislador, que sólo puede considerarse que existen cuando la LF permite reconocer sin dudas que estamos ante una hipótesis en que puede producirse una restricción iusfundamental sin la *interpositio legislatoris*<sup>1116</sup>.

a) una reserva en favor del Ejecutivo (*Executivvorbehalte*) es, entre otras de mucha menor relevancia<sup>1117</sup>, la contenida en el art. 13.3 LF, que, con relación a la inviolabilidad del domicilio, establece que "sólo podrán tomarse medidas que afecten a esta inviolabilidad o la restrinjan, en defensa ante un peligro común o de la vida humana".

b) las reservas en favor del poder judicial (*Judicativvorbehalte*) hay que diferenciarlas, lo que no siempre se hace, de los casos en que hay una reserva "de ley" (y no judicial), pero de una ley cualificada por la necesidad de intervención judicial. En este sentido, dos son las reservas judiciales contenidas en la LF: De un lado, el artículo 16.4<sup>1118</sup>, como limitación de la tutela judicial efectiva del artículo 19.4 LF; y de otro lado, el artículo 18.2 LF, que, al regular la pérdida de los derechos fundamentales por parte de quien abuse de (algunos de) ellos para combatir el orden fundamental demoliberal, establece que "la pérdida y el alcance de la misma serán fijados por el TCFA", con lo cual se opera una restricción de derechos fundamentales directamente por el TCFA y se fundamenta por medio de su sentencia otras intervenciones en los derechos fundamentales

1115 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 141; Borchardt, 168.

1116 Para Michael Sachs (en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 509 ss.) se trata de límites constitucionales directos pues están fundados directamente en la Constitución sin mediación del legislador.

1117 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 510-511.

1118 Con relación al asilo, establece este precepto que "la ejecución de las medidas que pongan fin a la estancia en territorio federal en los casos del apartado 3 y en otros supuestos que sean o se consideren manifiestamente infundados, sólo podrá ser suspendida por los Tribunales cuando existan serias dudas sobre la legalidad de la medida, pudiéndose en estos supuestos limitar el ámbito de la prueba y no tomarse en consideración el hecho de que el asunto se haya presentado fuera de plazo". Este artículo añade que "se regularán mediante ley las normas de aplicación de lo que antecede", pero la ley, según Sachs, no es ningún presupuesto para las posibilidades abiertas a los tribunales por la propia Constitución. Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 511.

por otros poderes del Estado.

c) Una reserva común en favor de los poderes ejecutivo y judicial (*allgemeine Behördenvorbehalt*) es la contenida en el artículo 140 LF en relación con el artículo 136.3, frase 2 de la Constitución de Weimar (artículo todavía vigente por declararlo así el citado artículo 140 LF), como restricción de la libertad de creencias<sup>1119</sup> o quizás del derecho a la libertad<sup>1120</sup>: mediante el ejercicio de la libertad religiosa no podrán menoscabarse los derechos y deberes civiles y políticos de los ciudadanos, permitiéndose así a las autoridades preguntar si se pertenece o no a una asociación religiosa cuando depende de estos derechos y obligaciones o bien cuando así lo exija una encuesta estadística legalmente ordenada.

d) Hay también, en fin, alguna reserva en favor de (otros) órganos constitucionales [*Vorbehalte zugunsten von (sonstigen) Verfassungsorganen*] para restringir el derecho (equiparado a los) fundamentales a la publicidad de los debates o sesiones: Artículos 42.1 LF (para el Bundestag), 44.1 LF (para las comisiones de investigación), 52.3 LF (para el Bundesrat)<sup>1121</sup>.

e) Y por último, en el caso de la libertad de sindicación, existe la reserva de restricción de derechos fundamentales a través incluso de regulaciones privadas, como caso totalmente excepcional: los convenios colectivos pueden restringir derechos fundamentales, tanto de los trabajadores como del empresario<sup>1122</sup>. Cuestión distinta, y que no tiene que

1119 BVerfGE 30, 415, 426; 65, 1, 39. En este último caso, se consideró que la autorización por una ley a la formulación de preguntas sobre la pertenencia a una confesión religiosa por parte de las autoridades "estadísticas" era constitucional, dada la cobertura constitucional y que "las estadísticas para fines federales" son competencia de la Federación (artículo 73.11 LF).

1120 BVerfGE 49, 375, 376, poco clara.

1121 Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 509 ss.

1122 Piénsese, por ejemplo, en la obligación que excepcionalmente puede imponerse a los trabajadores (camareros o azafatas, por ejemplo) de llevar uniforme, o ropa protectora; o en la obligación de unos médicos de colaborar en el desarrollo de medicamentos a utilizar en la guerra nuclear o la de unos tipógrafos de imprimir libros en que se enaltece la guerra; o en la renuncia por convenio colectivo de unos científicos en la industria a publicar los resultados de su investigación o cualquier otra restricción de su libertad científica; o en cualquier trato diferenciador (debiendo examinarse si es o no discriminatorio); o en la instalación de una pantalla transparente en un único sentido, cámara de video o cámaras fotográficas, vigilancia acústica mediante micrófonos o pinchazos telefónicos a modo de "hermano mayor invisible" (para valorar su admisibilidad es decisivo el acuerdo verdaderamente "libre" de los trabajadores y la medida en que lo exijan "necesidades técnicas de la empresa"); control de entrada y registro; en la formación de expedientes personales y recogida de datos personales (también consumo en la cantina, informes médicos, entradas y salidas, llamadas telefónicas, datos sobre la conducta laboral de cada trabajador en cuanto a rapidez o errores o consumo de material, por poner algunos ejemplos: algunas empresas disponen de mil datos o más de cada trabajador). Para los ejemplos me baso en Wolfgang Däubler, *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, traducción de M<sup>a</sup> Paz Acero Serna y Pío Acero López con revisión de Antonio Ojeda Avilés, Madrid, 1994, pp. 617 y 624 ss, aunque en esta obra se trata de ejemplos no referidos específicamente a una regulación por convenio colectivo, pero así podría ser, a

ser aquí tratada, es la del alcance que tienen los derechos fundamentales en este ámbito<sup>1123</sup> y si es un alcance diverso respecto del empresario, como parte *a priori* fuerte, que respecto de los trabajadores.

### **C') Reservas constitucionales de ley cualificada y de ley simple para la restricción de los derechos fundamentales**

Las reservas de ley para la limitación de los derechos fundamentales ponen, en ocasiones, a la ley restrictiva diferentes exigencias en cada caso, como la exigencia de una ley formal en el caso del artículo 104.1, la existencia de una determinada situación en el caso del artículo 11.2, o la persecución de un determinado fin en el caso del artículo 13.3 LF. En estos casos se dice que la reserva de ley lo es de una ley cualificada, esto es, no de una ley sin más, sino de una ley que ha de cumplir el requisito exigido por la propia Constitución en cada caso. Las intervenciones en el derecho fundamental de que se trate sólo resultan admisibles bajo ciertas condiciones, sólo para determinados fines o sólo con determinados medios<sup>1124</sup>, distinguiéndose, a su vez, entre las reservas

---

mi juicio, en los seleccionados.

1123 Por ejemplo, una sentencia reciente del *Bundesarbeitsgericht* (BAP), Tribunal Federal de Trabajo, AP nº 7, referente al Convenio Colectivo para Empleados Estatales, considera como contrario al derecho a la dignidad humana el hecho de que un médico empleado tenga que hacer compatible su período normal de servicio con el servicio de guardia durante la noche y continuar trabajando al día siguiente sin disfrutar al menos de una pausa de 6 horas. El ejemplo lo tomo de Wolfgang Däubler, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 157, n. 35.

1124 Horst Dreier, "Vorbemerkungen", cit., p. 82. Casi todos los autores suelen poner tres o cuatro ejemplos de estas reservas. Sachs, en una interpretación amplia no en todos los casos compartida en la doctrina, señala exhaustivamente los siguientes casos: "derechos de otros" como límite al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1); las leyes que, conforme al artículo 2.2, pueden limitar: el derecho a la vida en cuanto queda abolida la pena de muerte (art. 102), la integridad física en cuanto que "las personas detenidas no deberán ser maltratadas ni física ni psicológicamente" (art. 104), y la libertad física en cuanto que ha de ser una ley formal la que prescriba las formas para limitarla (art. 104.1) y en cuanto que "por su propia autoridad, la policía no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día posterior al de la detención"; "las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y el derecho del honor personal" como límites a las libertades de expresión e información del artículo 5.1; el art. 6.2, frase 2 y el 6.3; el derecho de reunión puede ser restringido por una ley o en virtud de una ley "para las reuniones al aire libre" (art. 8.2); "quedan prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea de entendimiento entre los pueblos" (art. 9.2); las restricciones al secreto de la correspondencia, las comunicaciones postales y las telecomunicaciones por ley en cuanto que "en el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de órganos y órganos auxiliares designados por la representación popular"; las leyes restrictivas de la libertad de movimientos y residencia que sólo se admiten "respecto a los casos en los que la falta

cualificadas *materiales, formales y mixtas*. Junto a ellas, y por exclusión, estarían todas las demás reservas de ley que autorizan al legislador en general, sin especiales requisitos, a establecer restricciones a los derechos fundamentales y que son las denominadas reservas simples de ley. A juicio de Bettermann, las reservas cualificadas de ley, por las que el constituyente da un determinado contenido constitucionalmente necesario a las leyes limitadoras, vienen en realidad a suponer una relativización de la, en principio, clara contraposición entre los límites directos y los indirectos a los derechos fundamentales o, como él los llama, entre los límites legal-constitucionales (constitucionales) y los legales ordinarios (subconstitucionales), pues en el caso de los límites establecidos en función de una reserva cualificada, la propia Constitución marca expresamente ciertas pautas específicas al legislador limitador del derecho fundamental<sup>1125</sup>. En cualquier caso, no deben confundirse las reservas cualificadas con los límites constitucionales directos, pues en las primeras la Constitución simplemente regula el fin con el que una regulación legislativa puede limitar el derecho, mientras que en el caso de los segundos el constituyente determina exactamente el alcance de la limitación misma al derecho<sup>1126</sup>.

Especial referencia merece aquí la reserva cualificada de ley de los "preceptos de las leyes generales" respecto de las libertades de expresión, de información, prensa y radiodifusión. No resulta fácil determinar qué ha de entenderse por "leyes generales" y por ello mismo ha sido muy discutido en la doctrina, discusión cuyas raíces se retrotraen al tiempo de *Weimar*, cuando un precepto de redacción prácticamente

---

de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la colectividad o cuando fuera necesario para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o bien para conjurar el peligro de epidemias, catástrofes naturales o accidentes particularmente graves, para proteger a los menores del desamparo o para prevenir actos delictivos" (art. 11.2); la admisión excepcional de que se pueda obligar a realizar un trabajo determinado "en cumplimiento de un servicio público normal, de orden general e igual para todos" (art. 12.2); art. 12.6, frase 1; los registros y allanamientos no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro, también por los demás órganos previstos en las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellos (art. 13.2); las restricciones de la inviolabilidad domiciliaria podrán adoptarse "en virtud de una ley", "con el fin de prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de vivienda, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro"; "la expropiación sólo es lícita por causas de interés general. Podrá ser efectuada únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y los de los afectados" (art. 14.3) y el art. 15; art. 16.1 (pérdida de la nacionalidad contra la voluntad del interesado sólo cuando el mismo no llegue a convertirse en apátrida); art. 16a.5, 17a.1 y 2, 34.2, 115c.2.1º y 2º, 117.2, 137.1 y 140 en relación con ciertos preceptos de la Constitución de Weimar que declara vigentes (art. 136.1, 136.3, frase 2, 2º y 137.3, frase 1). Michael Sachs, en Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 466-468.

<sup>1125</sup> Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, cit., pp. 6-7.

<sup>1126</sup> Theodor Schramm, *Staatsrecht*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, Band II (*Grundrechte und ihre verfassungsrechtliche Absicherung*), p. 23.

idéntica en la Constitución de 1919 planteó problemas muy semejantes. Entendió, entonces, Anschütz, que ley general es una ley que "no prohíbe una opinión como tal, no se dirige contra la manifestación de la opinión como tal, sino que sirve a la protección de un bien jurídico simplemente sin consideración a una determinada opinión"<sup>1127</sup>. La cuestión básica es, en esta interpretación, el sentido teleológico de la ley. Smend, por el contrario, consideró que eran leyes generales las que "tienen la primacía frente al artículo 118, porque el bien social por ellas protegido es más importante que la libertad de expresión"<sup>1128</sup>.

Estas interpretaciones doctrinales tienen su importancia porque, pese a su contraposición en aquella época, la interpretación del TCFA sobre el concepto de "leyes generales" va a venir caracterizada por una interpretación conjunta que combina las de los dos autores citados: "El concepto de la ley 'general' fue discutido desde el comienzo. Queda por saber si fue introducido en el artículo 118 de la Constitución del Imperio [de Weimar] sólo como consecuencia de una inadvertencia de redacción [...] En todo caso, fue ya interpretado durante la vigencia de esta Constitución en el sentido de que como tal hay que entender todas las leyes que 'no prohíben una opinión como tal, que no se dirigen contra la expresión de una opinión como tal', que más bien 'sirven a la salvaguardia de un bien jurídico a proteger sin más, sin referencia a una determinada opinión', a la salvaguardia de un valor de la comunidad que tiene la primacía frente a la actuación de la libertad de expresión [...] Con ello está también de acuerdo el actual intérprete de la LF"<sup>1129</sup>.

## B) Prohibición de leyes limitadoras singulares

El artículo 19.1, frase 1, contiene la prohibición de que las leyes limitadoras del derecho fundamental sean leyes singulares o leyes de caso particular (*Verbot des Grundrechtseinschränkenden Individual- oder Einzelfallgesetzes*). Sólo una ley que sea "general" en el sentido de contrapuesta a "ley de caso particular" podrá limitar legítimamente un derecho fundamental: "en la medida en que, de acuerdo con la presente LF, un derecho fundamental pueda ser restringido a través de una ley o en razón de una ley, ésta deberá tener carácter general y estar limitada al caso particular".

Pieroth y Schlink interpretan esta prohibición en el sentido de que debe evitar, por un lado, que el legislador irrumpa en el ámbito de la Administración y actúe allí de manera concreta e individual como corresponde a aquélla, lo que pone de relieve la relación de esta prohibición que estudiamos con la división de poderes o funciones. Y por otro lado, debe evitar que se admitan excepciones con relación a los límites

---

<sup>1127</sup> Gerhard Anschütz, "Beitrag zur Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand", VVDStRL, 4, 1928, pp. 74-75.

<sup>1128</sup> Rudolf Smend, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", VVDStRL 4, 1928, pp. 44 y 52.

<sup>1129</sup> BVerfGE 7, 198, 209-210.



de los derechos fundamentales tanto en el sentido de crear privilegios iusfundamentales como en el sentido de crear discriminaciones de igual tipo. Ello lleva a estos autores en la práctica a identificar esta prohibición con el principio de igualdad, que prohíbe tratamientos desiguales que no estén objetivamente justificados<sup>1130</sup>. Por las mismas razones, Hesse considera que a esta garantía formal no puede, evidentemente, corresponderle apenas ninguna importancia práctica autónoma y no puede, por ello, ofrecer ninguna protección efectiva<sup>1131</sup>.

La exigencia de que la ley valga "en general y no para el caso particular" plantea las "mayores dificultades"<sup>1132</sup> en la interpretación del artículo 19.1, frase 1ª, pues no resulta fácil determinar cuándo una ley

---

1130 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., pp. 70-71. No obstante, señalan que, bajo ciertos presupuestos, puede negarse justificación constitucional a una ley más fácilmente desde el punto de vista de la prohibición de leyes singulares que desde la perspectiva del principio de igualdad. Hay dos casos, en concreto, en los que no se necesita ninguna interpretación del artículo 3 (derecho a la igualdad): leyes limitadoras que, bien individualizan a uno o varios destinatarios nominalmente, bien los designan en cambio de manera abstracto-general, pero con ello describen, y quieren también describir, exclusivamente a determinados individuos (ley singular camuflada o encubierta). En estos casos no hay que plantearse ya siquiera si existen razones justificadoras, sino que puede alcanzarse ya el resultado de la inconstitucionalidad por medio del artículo 19.1, frase 1ª LF. En el caso de las otras leyes de caso particular y leyes medida, por el contrario, la constitucionalidad sólo puede deducirse de la falta de razones justificadoras (p. 71).

1131 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 148. En sentido parecido, Alfred Katz, *Staatsrecht*, cit., p. 293. Stern considera que, aunque existe una conexión transversal entre esta garantía y el principio de igualdad, no puede hablarse de identidad por la sencilla razón de que con relación a ella no hay nada que comparar, como sí ocurre con el principio de igualdad. Rechaza con ello la pérdida de importancia que el artículo 19.1, frase 1ª LF ha experimentado ante el principio de igualdad tanto en la doctrina como en la propia jurisprudencia constitucional, que en todos los "casos críticos" ha prestado, de hecho, mucha más atención al principio de igualdad que al artículo 19.1, frase 1ª LF e incluso, desde 1969, sólo en raras ocasiones, y entonces muy de pasada, ha examinado los casos críticos según el parámetro del precepto citado (p. 736). Subraya que el TCFA no ha declarado, hasta el día de hoy, ninguna ley como contraria a la garantía estudiada, aunque parece claro que el efecto de esa contradicción sería la nulidad de la ley (p. 744), cuestión no discutida en la doctrina y que ni suele plantearse siquiera. Y en cuanto al ámbito de aplicación de la garantía, considera que se aplica tanto a los derechos con reserva de ley como a los que no la tienen y tanto a los derechos fundamentales como a los derechos equiparados a éstos. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, Band III, Halbband 2, cit., pp. 728-729. Y es que Stern, frente a la posición del TCFA y mayoritaria en la doctrina, considera que esta garantía no tiene por qué interpretarse restrictivamente, sino justamente en un sentido amplio que abarque tendencialmente a todos los derechos fundamentales o a ellos equiparados con respecto a los cuales se autorice al legislador a establecer restricciones, siendo indiferente que ello ocurra a través de una reserva de ley, de regulación, de contenido o de límites. Se exceptuarían sólo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y la expropiación, así como aquellas disposiciones que tengan un fuerte contenido jurídico-objetivo, como los derechos fundamentales procesales, la libertad artística (artículo 5.3), el derecho de los padres a la protección y educación de los hijos (artículo 6), la regulación de la enseñanza (artículo 7), o la de la función pública (artículo 33).

1132 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, Band III, Halbband 2, cit., p. 733.

puede considerarse "singular" dado que, como Hesse destaca, la mayor parte de las leyes afectan sólo a un círculo más o menos limitado de personas o a un círculo igualmente limitado de casos particulares, por lo que no puede atenderse sólo al criterio de la generalidad<sup>1133</sup>. Podría decirse que existe una ley singular cuando la misma afecta exclusivamente a un caso concreto o sólo a un destinatario totalmente determinado<sup>1134</sup>. No existe, no obstante, ninguna ley de caso particular inconstitucional si el legislador se hace consciente sólo con ocasión de una concreta situación de que existe al respecto una laguna legislativa y ello le lleva a legislar (leyes medida: *Maßnahmegesetze*), si, como será casi siempre el caso, esta regulación legislativa habrá de valer en el futuro con carácter general para un número indeterminado de casos<sup>1135</sup>, aunque no pueda *a priori* preverse en cuántos casos, ni en cuáles, encontrará aplicación la ley<sup>1136</sup>. Lo importante no es que la ley se dirija sólo a un caso concreto, pues no habrá ley singular si esa ley *potencialmente* abarca otros casos<sup>1137</sup>. No puede diferenciarse, al respecto, si en la actualidad existe un solo caso afectado por la ley o existen, por el contrario, una pluralidad de ellos<sup>1138</sup>. Una excepción debe hacerse en el caso de las llamadas leyes individuales encubiertas (*getarnten Individualgesetze*), que existirían cuando, según la intención del legislador, la ley debe limitarse a un caso concreto, a pesar de lo cual el supuesto de hecho de la ley se redacta de una manera general o abstracta<sup>1139</sup>, pero no habría ley individual encubierta si solamente el caso que dio ocasión a la regulación debiese (y pudiese) ser regulado, por no haber otros casos de este tipo<sup>1140</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación de la garantía, se suscitan dudas porque la misma viene referida a restricciones "a través de una ley o en razón de una ley", lo que a pie a restringir su ámbito de aplicación a los derechos fundamentales para los cuales la LF contempla expresamente una reserva de ley. Así lo entendió tempranamente la Sala 1ª del TCFA: el artículo 19.1, frase 1ª sirve de garantía de aquellos derechos fundamentales que "pueden ser limitados, con fundamento en una reserva especial contenida en la LF, a través de una ley o en razón de una ley", lo

---

1133 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 148. Se trataría de leyes que, en cierto modo, estarían a medio camino entre la ley general y la no general. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., Band III, Halbband 2, p. 741.

1134 BVerfGE 15, 126, 146 ss; 25, 371, 396 ss.

1135 BVerfGE 7, 129, 150 ss. ("incluso si se supone que el 'caso Schörner' hubiese sugerido la idea de la regulación legislativa": 151); 12, 225, 229 ss; 24, 33, 52.

1136 BVerfGE 10, 234, 241; 24, 33, 52.

1137 BVerfGE 13, 225, 229 (no existe ley singular si, a causa de la redacción abstracta del tipo, no se sabe exactamente en cuántos casos, y en cuáles, encuentra aplicación la ley, si, por tanto, no es posible que la consecuencia jurídica prevista sólo tenga lugar una vez); 24, 33, 52; 25, 371, 396 (el TCFA considera que los preceptos son, más bien, adecuados, según la naturaleza de las situaciones tomadas en consideración, para comprender otros casos y por ello no existe ninguna ley singular, tampoco encubierta).

1138 BVerfGE 85, 360, 374.

1139 BVerfGE 13, 225, 229; 24, 33, 52.

1140 Jörn Ipsen, *Staatsrecht II*, cit., p. 56, con referencia a BVerfGE 10, 234, 244 ss.

que no sería el caso de los derechos a la personalidad, a la igualdad y a la propiedad<sup>1141</sup>. Sin embargo, *a posteriori* la Sala 2ª del propio TCFA ha venido a poner en duda si la garantía estudiada "prohíbe regulaciones de caso particular no sólo respecto de restricciones a los derechos fundamentales con fundamento en una reserva especial de ley, sino también en otros casos"<sup>1142</sup>, aunque sin pronunciarse al respecto.

La postura del TCFA es criticada por Stern, quien entiende que, partiendo de la finalidad protectora del precepto (que obligaría a dictar leyes "generales" al menos en el ámbito de los derechos fundamentales), toda diferenciación respecto de las intervenciones legislativas, a los efectos de la garantía frente a leyes de caso particular, resulta forzada. La garantía estudiada debe garantizar una protección sin lagunas frente a toda intervención legislativa con relevancia iusfundamental, incluyendo los casos en que la LF autoriza al legislador a regular los detalles o pormenores del derecho (artículos 4.3, frase 2ª o 38.3 LF) o en los supuestos en que el legislador interviene con fundamento en una ponderación para la protección de otros bienes constitucionales<sup>1143</sup>. Es indiferente, por otra parte, que la ley limitadora sea pre- o postconstitucional, federal o de los Länder: en todos los casos rige la prohibición estudiada<sup>1144</sup>. Lo que resulta claro, en cualquier caso, es que las restricciones sólo pueden producirse a través de una ley o bien con fundamento en una ley que autorice a llevar a cabo la restricción, excluyéndose asimismo restricciones por medio de costumbres o mutaciones constitucionales.

Por último, hemos de referirnos también a las leyes-medida (*Maßnahmegesetze*), concepto acuñado por Forsthoff por referencia a trabajos de Schmitt y que se referiría a leyes que no pretenden regular a largo plazo un ámbito vital (leyes clásicas) sino que persiguen un fin directo y determinado, al que se dirigen exclusivamente sus disposiciones; y su validez no es, como en el caso de la ley "clásica", independiente de la ocasión a la que se debe su promulgación, sino que son leyes que se agotan en ser un medio para un fin concreto. Mediante estas leyes el legislador entraría en el ámbito propio, en principio, de la Administración, a pesar de lo cual entiende Fortschhoff que no se vulnera el principio de división de poderes, que es un principio flexible, además de que el artículo 19.1 LF ha determinado de manera definitiva la estructura formal de la ley y, al no mencionar las leyes medida, debe entenderse que no las ha prohibido<sup>1145</sup>. alguna doctrina considera que el concepto de ley-medida es superfluo, pues no puede determinarse con suficiente precisión el fin de la ley, ya que una ley suele tener varios fines, por lo que la diferenciación

---

1141 BVerfGE 24, 367, 396.

1142 BVerfGE 25, 371, 399.

1143 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 732.

1144 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 733.

1145 Ernst Forsthoff, *Über Maßnahmegesetze*, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, p. 221, por referencia a Carl Schmitt, *Die Diktatur des Reichspräsidenten*, VVDStRL 1 (1924), p. 63; id., *Die Diktatur*, 1928, p. 213.

según el fin de la ley no ofrece ningún criterio claro de diferenciación. Lo único relevante sería si se trata de una ley de caso particular, pues entonces estaría prohibida por el artículo 19 LF, pero de no ser así, la ley medida estaría permitida por la LF<sup>1146</sup>. El TCFA considera también que ni el artículo 19.1, frase 1ª LF ni ninguna otra disposición constitucional han venido a prohibir las leyes medida, pues lo único que exige el precepto mencionado es que una ley que contenga restricciones de derechos fundamentales tenga validez general y no para el caso particular. Una ley, que se refiere a unas concretas circunstancias, podría, sin embargo, desde otro punto de vista (por ejemplo, desde la perspectiva de los numerosos acreedores), tener validez general<sup>1147</sup>.

A la vista de esta jurisprudencia constitucional y la doctrina dominante, Stern entiende que esta garantía ha perdido interés jurídico-constitucional, es una norma constitucional "descuidada", a veces incluso "olvidada"<sup>1148</sup>.

### C) Mandato de cita por la ley limitadora

El artículo 19.1, frase 1ª LF establece que la ley limitadora "deberá citar el derecho fundamental, indicando el artículo correspondiente". Se trata de otra garantía o "freno" puramente formal a las leyes limitadoras de los derechos fundamentales, sin precedentes en la historia constitucional alemana<sup>1149</sup>, con la que se pretende asegurar que el legislador que interviene en un derecho fundamental tenga claro que va a limitar un derecho fundamental, excluyéndose así las restricciones inconscientes, tácitas, ocultas o furtivas. Se dice que esta garantía cumple una función de advertencia y conocimiento (*Warn- und Besinnungsfunktion*) respecto de la legislación, y otra función de aclaración (*Klarstellungsfunktion*) respecto de la interpretación y aplicación de la ley: la legislación debe pensar o considerar la repercusión en los derechos fundamentales de una ley, y la interpretación y aplicación de la ley debe conocer en qué derechos fundamentales autoriza la ley a intervenir. Incluso se ha llegado a hablar de un "límite psicológico"<sup>1150</sup>.

El TCFA ha interpretado muy restrictivamente esta garantía<sup>1151</sup>, a fin de que la misma "no obstaculice innecesariamente en su trabajo" al legislador concretizador del orden constitucional, conduciendo a formalismos vacíos, sino que simplemente excluya que sean creadas

1146 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., pp. 423-424.

1147 BVerfGE 15, 126, 146 ss; también véase BVerfGE 4, 7; 10. 89, 108; 25, 1, 14; 25, 371, 396.

1148 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 726.

1149 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 744-745.

1150 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 71; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 747. La expresión de "límite psicológico" la utiliza Herzog. También habla de "cortapisa" u "obstáculo psicológico" que debe llevar al legislador a examinar si la intervención en el derecho fundamental era realmente necesaria. Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 237.

1151 BVerfGE 10, 89, 99.

nuevas posibilidades de intervención en los derechos fundamentales desconocidas para el Derecho vigente hasta el momento, sin que el legislador se dé cuenta de ello y sin que haya que reconocerlo expresamente<sup>1152</sup>.

No tiene vigencia esta garantía para el llamado "Derecho viejo", esto es, las leyes preconstitucionales, pues al legislador preconstitucional no le era exigible que respetase una garantía formal entonces no vigente y la continuidad del ordenamiento jurídico no debe romperse por contradecir formalmente la Constitución las leyes preconstitucionales<sup>1153</sup>. Tampoco se aplica esta garantía respecto de aquellas leyes que simplemente repiten, inalteradas o con pequeñas divergencias, restricciones a los derechos fundamentales contenidas en leyes preconstitucionales<sup>1154</sup>. Y tampoco rige esta garantía, por otro lado, según la jurisprudencia constitucional, respecto de las leyes que meramente definen y concretizan el contenido iusfundamental mismo (y aquí se incluirían el derecho de propiedad<sup>1155</sup>, la expropiación<sup>1156</sup>, y la libertad de profesión<sup>1157</sup>), ni respecto de las leyes que se refieren a los derechos sin reserva expresa de ley en la LF (*vorbehaltlose Grundrechte*) o, en todo caso, a derechos que tienen una reserva expresa de ley que no sigue la fórmula del artículo 19: "a través de la ley o con fundamento en la ley" ("durch Gesetze oder aufgrund eines

1152 BVerfGE 28, 36, 46; 28, 55, 62 ss; 35, 185, 188; 49, 89, 140 ss; 64, 72, 80 y NJW 1999, 3400. Se ha criticado que el TCFA no fundamente con mayor claridad las razones que le llevan a una interpretación restrictiva. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 750.

1153 BVerfGE 2, 121, 122 ss; 5, 13, 16; 61, 82, 113. Como nos dice Stern, esta inaplicación al Derecho viejo no fue ni es discutida por nadie en la doctrina. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 749.

1154 BVerfGE 35, 185, 189; 61, 82, 113. A juicio de Stern, la exclusión de la garantía del mandato de cita en este supuesto, defendida por el TCFA y seguida por la doctrina mayoritaria, no puede justificarse ni partiendo de la historia de su elaboración, ni tampoco atendiendo a su función de advertencia y conocimiento, que debiera regir también respecto del legislador que simplemente repite restricciones preconstitucionales pues, al hacerlo así, las confirma y mantiene en vigor, y ninguna diferencia existe respecto de los casos en que las introduce *ex novo*. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 751. También se muestra crítico con esta jurisprudencia Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 428.

1155 BVerfGE 21, 92, 93; 24, 367, 396; 64, 72, 80. A juicio de Stern, esta exclusión resulta difícilmente comprensible, pues es claro que también aquí las leyes fijarán "límites" al derecho y tienen, por ello, el carácter restrictivo que la garantía del mandato de cita presupone en las leyes a que debe aplicarse. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 755.

1156 BVerfGE 24, 367, 388. A juicio de Stern, la norma que fija que sólo procede la expropiación por causas de interés general a través de una ley o en virtud de una ley que deberá fijar una indemnización equitativa ponderando los intereses de la comunidad y los de los afectados es *lex specialis* respecto del artículo 19.1, frase 2ª; ello es lo que explica que no se le aplique esta última disposición. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 755.

1157 BVerfGE 13, 97, 122; 28, 36, 46; 64, 72, 80 ss. Stern formula las mismas críticas a esta jurisprudencia que a la exclusión del derecho de propiedad del ámbito de aplicación de la garantía del mandato de cita, pues también las "leyes de regulación" pueden limitar. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 756.

Gesetzes eingeschränkt werden")<sup>1158</sup>. Y no se aplicaría la garantía comentada tampoco a los derechos a los que la propia LF fija sus límites, como es el caso especialmente del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>1159</sup> (cualquier ley que establezca obligaciones de cualquier tipo al individuo limitaría este derecho, por lo que la exigencia de cita en este caso sería poco operativa), pero también de la libertad de expresión<sup>1160</sup> y el la libertad artística<sup>1161</sup>, entre otros. Ni encuentra tampoco aplicación esta garantía respecto de las limitaciones especiales autorizadas por el artículo 17a LF para quienes realicen el servicio militar o el servicio sustitutorio<sup>1162</sup>. En cambio, se aplicaría, en concreto, esta garantía a los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad física (artículos 2.2 y 104 LF); a la patria potestad (artículo 6); al derecho de manifestación (artículo 8.2), al secreto de las comunicaciones (artículo 10.2), y a la libertad de circulación y residencia (artículo 11.2); a las intervenciones en la inviolabilidad domiciliaria (artículo 13).

La restrictiva interpretación jurisprudencial conduce, en la práctica, a una relativización o escasa relevancia de esta garantía, pues el mandato de cita no rige justamente para las leyes más importantes que afectan cotidianamente a los derechos fundamentales<sup>1163</sup>. El TCFA ha señalado que, en todos estos casos excluidos, la "función de advertencia y conocimiento" es "de menor peso, porque el legislador es, en general, consciente de que se mueve en el ámbito relevante a efectos de los derechos fundamentales" y, como Stern añade, dado que hay amplio acuerdo en la doctrina y encuentra aceptación en la praxis estatal, el Tribunal no ha visto la necesidad de cambiar su doctrina restrictiva y puede sostener expresamente que no se han manifestado inconvenientes de su interpretación para la protección de los derechos fundamentales<sup>1164</sup>. El Tribunal incluso ha considerado que es innecesaria una advertencia en la ley al carácter restrictivo de derechos fundamentales cuando esta circunstancia sea notoria y conocida por los participantes en el proceso legislativo. También aquí la función de advertencia y conocimiento tiene poca relevancia en cuanto que el legislador ha reconocido y asumido el contenido limitador de la norma puesta en cuestión<sup>1165</sup>.

1158 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 71. BVerfGE 21, 92, 93; 24, 367, 396 ss; 64, 72, 79 ss; 83, 130, 155.

1159 BVerfGE 10, 89, 99; 64, 72, 80.

1160 BVerfGE 28, 282, 289; 33, 52, 77 ss; con dudas, sin embargo, en 15, 288, 303; 64, 72, 80.

1161 BVerfGE 83, 130, 154.

1162 BVerfGE 28, 282, 291 ss; 44, 197, 201 ss.

1163 Alfred Katz, *Staatsrecht...*, cit., p. 294; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 748.

1164 BVerfGE 64, 72, 80. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 752.

1165 BVerfGE 35, 180, 189. Con ello olvida el Tribunal, a juicio de Stern, la función aclaratoria que la garantía tiene para el aplicador del Derecho y para el ciudadano, además de que es discutible dónde están los límites de la notoriedad y desde qué perspectiva debe realizarse el enjuiciamiento. Si se refiere el Tribunal exclusivamente al proceso de elaboración legislativa, desde luego que la función informativa y aclaratoria del mandato de cita pierde toda significación. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp.

Dada la escasa importancia práctica de la garantía, no sorprende que en general no se aborde la cuestión de su forma y de los efectos de su inobservancia. En cuanto a la forma, debe decirse que en ocasiones es mencionado el derecho fundamental junto al precepto que lo limita, pero en otras ocasiones los derechos fundamentales limitados son citados al final de la ley, aunque en algún caso la cita sólo aparece en el preámbulo o en la fórmula de promulgación de la ley. Es evidente, a juicio de Stern, que la primera forma es la que más se ajusta al artículo 19 y aunque no pueden excluirse, las modalidades formales de cita en una disposición final o en el preámbulo deberían admitirse sólo excepcionalmente. En cuanto a la cita en la fórmula de promulgación, considera que dicha fórmula no conlleva ninguna fuerza de ley y por ello la cita no se realiza en la propia ley<sup>1166</sup>. En cuanto a los efectos del incumplimiento de esta garantía formal, existe prácticamente unanimidad en que esos efectos han de ser la nulidad de la ley, aunque el TCFA no se ha pronunciado sobre ello pues no se ha apreciado hasta ahora nunca la inobservancia del mandato de cita y parece, además, que esos efectos serían *ex tunc*. Stern se refiere, en cambio, a la posibilidad de hacer uso aquí de la función apelatoria del TCFA a través de sentencias admonitorias o apelatorias<sup>1167</sup>.

## **2.- Requisitos materiales**

### **A) Principio de proporcionalidad**

#### **A') Concepto, origen y función, contenido, ámbito de aplicación y densidad de control**

##### **a.- Concepto**

La LF contiene una regulación bastante completa, aunque en sí misma poco sistemática, de los límites a los derechos fundamentales, bien para prever específicamente algunos de ellos con relación a algún derecho fundamental, bien para autorizar su determinación por ley o con fundamento en una ley. En otros casos, esos límites se deducen de una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución ante la colisión con derechos fundamentales de terceros u otros valores de rango constitucional. Pero, en ninguno de estos casos, se prevé por la LF la intensidad con la que pueden producirse las intervenciones en el derecho fundamental de que se trate, salvo en cuanto que se prohíbe, en todo caso, la vulneración del contenido esencial del derecho, límite de límites consagrado *expressis verbis* en el artículo 19.2 LF.

Pero es claro que, aparte las dificultades intrínsecas que su interpretación plantea, el contenido esencial como límite último de los

---

756-757. También Bleckmann considera que la exclusión del ámbito de aplicación del mandato de cita de determinados derechos fundamentales "apenas es sostenible" y que a lo sumo podría discutirse si no decaería el deber de cita respecto de determinadas leyes (por ejemplo, en el ámbito del Derecho de policía), pues apenas puede preverse en qué derecho fundamental interviene la ley en el caso particular. Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 428.

1166 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit. pp. 757-758.

1167 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit. pp. 758-760.

límites no sería suficiente para evitar que se produjera un vaciamiento de los derechos fundamentales y basta pensar, por ejemplo, en que la LF abre la posibilidad de limitar por ley derechos como el de la vida o la integridad física o la libertad física (art. 2), sin fijar ningún tipo de límites materiales, para comprender que ello posibilitaría que las reservas de ley operasen como cauce para un vaciamiento, al menos en importante grado, de los derechos fundamentales. Por ello, el TCFA entendió que las posibilidades del legislador de limitar los derechos fundamentales no pueden realizarse unilateralmente a costa del derecho fundamental, sino que éste produce un efecto irradiador (*Ausstrahlungswirkung*) sobre la ley limitadora. El derecho fundamental y la ley limitadora están en una relación de efecto recíproco (*Verhältnis der Wechselwirkung*) uno respecto de la otra<sup>1168</sup>. Este principio desarrollado para la interpretación de la ley limitadora opera también respecto del enjuiciamiento de la constitucionalidad de ésta a través de una técnica que somete cualquier intervención en un derecho fundamental a un control de su proporcionalidad, con un alcance que ahora veremos. Se consagra, de este modo, el principio de proporcionalidad<sup>1169</sup> como límite de límites a los derechos fundamentales y, por consiguiente, como criterio paramétrico para el examen de la legitimidad de toda medida interventora en los derechos fundamentales.

## b.- Origen y función

El principio de proporcionalidad se deduce, según el TCFA y la doctrina dominante, del principio del Estado de Derecho del artículo 20.3 LF<sup>1170</sup>, si bien también se ha visto su origen, por el Tribunal Supremo, en la prohibición de vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>1171</sup>. Goza de rango constitucional<sup>1172</sup>, implica que los derechos fundamentales, como expresión de la pretensión de libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por los

---

1168 BVerfGE 7, 198, 208-209; 85, 1, 16; 71, 162, 180-181.

1169 El llamado "principio" de proporcionalidad no es, sin embargo, un principio de proporcionalidad en el sentido que a este concepto da Alexy. "La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas". Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 112, n. 84.

1170 Entre otras, BVerfGE 6, 389, 439; 23, 127, 133; 38, 348, 368. En la doctrina, a modo de ejemplo, Christian Starck et al., *Das Bonner Grundgesetz...*, cit., p. 126. Sobre su origen histórico, véase, sucintamente, Thomas Würtenberger, "Zu den Wurzeln des Rechtsstaates in Deutschland", en Bernd Rill (Hrsg.), *Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat. Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 28 ss. Se trata de un principio con origen en un campo concreto, como es el Derecho de policía. Véase también sobre su aplicación técnica en este ámbito, Thomas Würtenberger, Dirk Heckmann, und Rainer Riggert, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, pp. 181 ss.

1171 BVerwGE 5, 641, 642.

1172 BVerfGE 23, 127, 133; 19, 342, 348.



poderes públicos más allá de lo que resulte indispensable para la protección de los intereses públicos<sup>1173</sup>, y tiene una gran importancia práctica tanto en el Derecho administrativo como en el constitucional: a) en el Derecho administrativo, es la vinculación jurídica más importante de la discrecionalidad; b) y en el Derecho constitucional juega un papel básico en el examen de las intervenciones en los derechos fundamentales. La mayor parte de las sentencias en que el TCFA se aprecia una vulneración de derechos fundamentales se apoyan en una lesión de este principio. Vincula tanto a la legislación como a la Administración. El legislador tiene que observarlo con ocasión del ejercicio de su libertad de conformación, la Administración respecto del ejercicio de su discrecionalidad<sup>1174</sup>.

### c.- Contenido

Este principio exige, con relación a las medidas interventoras en un derecho fundamental: 1) que el *fin* perseguido por el Estado pueda, como tal, ser perseguido<sup>1175</sup>, para lo cual habrá de tratarse de un fin relativo a la protección de otros derechos o bienes constitucionales, respecto de las limitaciones a los derechos sin reserva de ley, o relativo a algunas de las finalidades para las que se habilita al legislador a limitar el derecho, respecto de los derechos fundamentales sujetos a limitaciones directas expresas en la LF; 2) que el *medio* empleado por el Estado (ley, acto administrativo, resolución judicial) pueda, como tal, ser utilizado; 3) que la relación del medio para el logro del fin sea *adecuada*; 4) que la relación del medio para el logro del fin sea *necesaria*; 5) que la relación del medio para el logro del fin sea *proporcional en sentido estricto*<sup>1176</sup>. Aunque sin expresar nada sobre el fin y el medio, estos requisitos se sintetizan por el TCFA así: "Según el principio de proporcionalidad, la limitación del derecho fundamental que está aquí en cuestión debe ser *adecuada* [vigilancia estratégica mediante escuchas], para lograr la protección del bien jurídico [conocimiento y combate a tiempo del peligro de una intervención armada en la RFA]. Debe ser *necesaria* para ello, lo que no es el caso si basta un medio más suave. Finalmente debe ser proporcional en sentido estricto, esto es, estar en una relación proporcionada al peso e importancia del derecho fundamental"<sup>1177</sup>.

---

1173 BVerfGE 19, 342, 348 ss.

1174 Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 238.

1175 Este fin se deducirá de la medida o medio empleado, aunque por lo general no será expreso, existiendo por ello cierta libertad para su fijación. Debe tratarse de un fin suficientemente concreto y no genérico como "mantenimiento de la seguridad", "protección de la salud pública" u otros análogos. Con frecuencia, la medida, especialmente tratándose de leyes, no perseguirá un único fin, sino varios, o un fin principal y otros secundarios. Salvo en casos problemáticos (BVerfGE 91, 207, 221), el fin suele ser analizado en conexión con su "adecuación", primero de los subprincipios en que se divide el principio de proporcionalidad, como veremos enseguida.

1176 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 65.

1177 BVerfGE 67, 157, 173.

#### d.- Ámbito de aplicación y densidad de control

Estas exigencias son comunes a las medidas administrativas y a las legales, si bien el legislador tiene un mayor campo de juego, lógicamente, que la Administración, pues mientras al legislador le son ordenados y prohibidos sólo los medios y fines establecidos en la LF, especialmente en materia de derechos fundamentales, quedándole así una gran variedad de medios y fines para elegir, en el caso de la Administración esa variedad se reduce y las leyes ordinarias contienen ya para ella una serie de fines y medios a utilizar mucho más precisos. También los criterios de la adecuación y la necesidad tienen una significación diferenciada para la legislación y la Administración. Frente a lo que ocurre respecto a la Administración, el legislador tiene una prerrogativa de evaluación, goza de un mayor margen de confianza (*Vertrauensvorsprungs, Einschätzungsprärogative*) con respecto a la decisión, con frecuencia difícil, de la relación empíricamente compleja entre la situación que es creada a través de la intervención y la otra situación a la que se dirige el fin<sup>1178</sup>, en especial cuando tiene que realizar pronósticos acerca de futuros desarrollos.

En efecto, la legislación con frecuencia presupone verificaciones sobre la realidad y pronósticos sobre los efectos de las medidas enjuiciadas, a realizar bien directamente por el legislador, bien, a través de cláusulas legislativas abiertas, por la Administración o la jurisprudencia. Pero el legislador no puede para ello ser totalmente libre, pues se burlaría entonces la vinculación a los derechos fundamentales. Por ello mismo, se impone un control de estas verificaciones sobre la realidad y pronósticos, con relación al cual juega una presunción de corrección de los juicios de experiencia, ponderaciones y valoraciones del legislador, quien goza de una prerrogativa de evaluación, que sin embargo está nivelada según el ámbito objetivo regulado, las posibilidades de adoptar una decisión suficientemente segura y la importancia de los bienes jurídicos en juego<sup>1179</sup>. De ello resultan diferentes parámetros para la intensidad del control: 1) el mero control de evidencia (*Evidenzkontrolle*)<sup>1180</sup>, de menor intensidad; 2) el control de apreciación (*Vertretbarkeitskontrolle*)<sup>1181</sup>, de

---

1178 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 66.

1179 BVerfGE 50, 290, 333. Christian Starck, *Das Bonner Grundgesetz...*, cit., p. 124; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II*, cit., p. 459.

1180 Constituye el grado menos intenso de control, limitado a la observancia de los "límites extremos" del Derecho Constitucional y que es un control que sólo se lleva a cabo en aquellos casos en que la Constitución misma presenta un grado suficiente de indeterminación, como, por ejemplo, en la interpretación de la cláusula de la reunificación, del principio universal de igualdad como interdicción de la arbitrariedad o de los principios generales de la Constitución. Véase BVerfGE 36,1, 17; 37, 1, 20; 40, 196, 223.

1181 Este control limita en mayor medida la libertad de decisión del legislador, si bien basta con que la decisión legislativa haya sido adoptada a partir de una ponderación "objetiva" y "defendible" de los elementos de juicio disponibles: es el control llevado a cabo en aquellos supuestos en que se trata de la apreciación de situaciones y

intensidad media; y 3) el control intensificado material o de contenido<sup>1182</sup>, que es el control más intenso, que reduce al máximo los márgenes políticos de actuación y decisión del legislador: es el control ejercido sobre todo en materia de derechos fundamentales, especialmente los protegidos sin ningún tipo de reserva (de limitación).

No obstante, la delimitación entre estos niveles no resulta siempre clara, sino que son frecuentes los casos dudosos, especialmente entre los dos primeros niveles. En caso de fallo en la prognosis, el legislador está obligado a cambiar la ley según el nuevo estadio de conocimiento, lo que significa que el TCFA ha de partir del estadio de conocimientos del momento de la promulgación de la ley, pero sin dejar, al mismo tiempo, de atender a los nuevos conocimientos<sup>1183</sup>, de manera que la ley también será inconstitucional si más tarde se pone de manifiesto que la prognosis era errónea y la ley no puede realizar el fin pretendido, como parece deducirse de ciertas sentencias del TCFA<sup>1184</sup>: el legislador puede venir obligado, pues, con relación a leyes de efecto duradero, al retoque o enmienda (*Nachbesserung*) de la ley<sup>1185</sup>.

Y hay que subrayar que estos criterios delimitadores del ámbito de libre conformación legislativa y, sobre todo, del ámbito de enjuiciamiento del TCFA, por más que de una manera no rígida, se refieren a los casos en que el legislador realiza pronósticos. Cuando no es así, puede afirmarse que sólo muy limitadamente es posible, hasta ahora, descubrir un parámetro seguro de la libertad de conformación legislativa. Y se trata, en todo caso, de límites flexibles, lo cual no significa que no haya límites. En línea de principio, debe reconocerse al legislador una amplia libertad de conformación, no teniendo el TCFA que decidir si una regulación es la más conveniente, más razonable o más justa<sup>1186</sup>, ni es tampoco, en general, de su competencia dar consejos legislativos al legislador<sup>1187</sup>. El control deberá ser tanto menos intenso cuanto menos apoyos claros haya en la Constitución para decidir, especialmente cuando la LF obliga al Estado no a una omisión, sino a una acción de conformación, como ocurre en el caso de los deberes de protección iusfundamentales y los pronósticos a ellos

regulaciones complejas, predominantemente en el terreno económico o fiscal, para los que el Tribunal no es más competente que el Legislativo, o cuando el procedimiento parlamentario ofrece la garantía de una proximidad mayor a la realidad o, simplemente, la posibilidad de un análisis objetivo más profundo que los que pudiera llevar a cabo el Tribunal. BVerfGE 25, 1, 12 ss. y 17; 30, 250, 263; 39, 210, 225 ss.

1182 BVerfGE 7, 377, 415; 11, 30, 45; 39, 1, 46 y 51 ss; 45, 187, 238.

1183 Christian Starck et al., *Das Bonner Grundgesetz...*, cit., pp. 124-125.

1184 BVerfGE 88, 203, 310: "La vinculación del legislador no se agota especialmente en la obligación de respetar los límites jurídico-constitucionales al dictar una ley; comprende también la responsabilidad de que la ley dictada permanezca en concordancia con la LF".

1185 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II*, cit., p. 454.

1186 BVerfGE 3, 162, 182; 10, 354, 371; 36, 174, 189; 54, 11, 26.

1187 BVerfGE 7, 377, 442. No obstante, en ocasiones el TCFA ha dictado sentencias admonitorias o con apelación al legislador, en parte con fijación de un plazo, para leyes no exentas de objeciones jurídico-constitucionales: BVerfGE 16, 130, 141 ss; 25, 167, 178 ss.

ligados<sup>1188</sup>.

Por otro lado, el control del TCFA en el marco de la proporcionalidad suele ser un control meramente negativo, del "límite de tolerancia" (*Erträglichkeitsmarke, -grenze*): que la medida no sea inadecuada, innecesaria o desproporcional y no tanto que sea adecuada, necesaria o proporcionada<sup>1189</sup>, respetando siempre un cierto ámbito discrecional de legislador<sup>1190</sup>.

### **B') Los tres subprincipios de proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto**

Nos referimos, a continuación, a cada uno de los niveles en que se divide el examen de proporcionalidad, los que podemos llamar "subprincipios" de la proporcionalidad:

a) El subprincipio de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*). La adecuación significa que el medio empleado para conseguir el fin perseguido debe ser, para resultar admisible, "adecuado", esto es, que con su ayuda puede alcanzarse el fin pretendido<sup>1191</sup>. Según Pieroth y Schlink, la adecuación significa que la situación que el Estado crea a través de la intervención y la situación que el fin perseguido tiene que considerar como realizable están en una relación conciliada a través de hipótesis probadas en la realidad. Se pone, así, el siguiente ejemplo: una limitación de velocidad con la finalidad de detener o retardar la muerte de los bosques es proporcional, bajo su aspecto de adecuación, sólo si hipótesis contrastadas crean una relación entre la reducción de la emisión de sustancias nocivas (situación que es creada a través de la intervención) y la mejora de la estructura de los bosques (situación que el fin tiene que considerar como realizable)<sup>1192</sup>.

La doctrina dominante limita el examen de la adecuación de las leyes de un modo doble: por un lado, una norma jurídica no es inadecuada si el fin pretendido no se logra enteramente, pues se considera suficiente si el legislador ha elegido uno cualquiera de varios medios posibles y adecuados, aunque siempre debe haber contribuido al logro del fin (campo de juego de la discrecionalidad)<sup>1193</sup>; por otro lado, no exige la doctrina mayoritaria que el medio sea adecuado en el momento del enjuiciamiento, sino más bien en el momento de promulgarse la ley<sup>1194</sup>.

1188 Seguimos la exposición de Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 243, por quien citamos las sentencias de las notas anteriores.

1189 Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 74.

1190 Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, cit., p. 454.

1191 BVerfGE 30, 292, 316; 33, 131, 181.

1192 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 66.

1193 BVerfGE 13, 237, 241; 67, 157, 173 ss.

1194 BVerfGE 39, 210, 230 ss. Los ejemplos de la aplicación de este subprincipio son muy variados, entre los que pueden destacarse los tres siguientes: A) Un primer ejemplo extraíble de la jurisprudencia constitucional es el de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por relación a un precepto legal según el cual para el

b) El subprincipio de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*). También se le conoce como principio del medio más liviano, de la intervención mínima o más pequeña posible y como prohibición de exceso (*Grundsatz des leichtesten Mittels, des geringstmöglichen Eingriffs, Übermaßverbot*), denominaciones todas ellas con las que se expresa que el legislador o la Administración deben elegir de varios medios *igualmente*

acceso al ejercicio del comercio minorista con mercancías de cualquier tipo se requería la justificación de conocimientos profesionales. El establecimiento de un requisito subjetivo para la admisión al ejercicio de una profesión tiene que aparecer justificado "por la protección de un bien comunitario importante". En este sentido, la protección de los consumidores frente a daños de carácter económico o referidos a su salud puede considerarse un fin legítimo que justificaría ese requisito subjetivo de admisión, pero, en cambio, el medio para ello empleado es "inadecuado", pues los daños a la salud puede provocarlos no el comerciante minorista en general, sino sólo el de determinados ramos (comercio con comestibles, medicamentos y análogos), para los cuales rigen disposiciones especiales que en el caso no había que analizar. En cuanto al peligro de daños económicos, no puede excluirse con respecto al comerciante minorista en general pues puede, por ejemplo, suministrar mercancías defectuosas, almacenarlas inadecuadamente o asesorar insuficientemente al cliente. Este peligro podría eliminarse o evitarse si se exigiese la demostración por el comerciante minorista de conocimientos comerciales "en su específico ramo". Pero la ley precisamente no exigía esta demostración", sino que, más bien, le bastaba con la justificación de conocimientos comerciales generales, que podían haber sido adquiridos en un ramo totalmente diverso. Era, por ello, una medida "inadecuada" para evitar un riesgo económico a los clientes (BverfGE 19, 330, 337); B) Otro ejemplo es el de una ley que crea una especial cualificación profesional para los agricultores de explotación ecológica. Al respecto, a presiones de la industria química, se recoge como requisito de examen: "conocimientos específicos sobre medios químicos de tratamiento de plantas y su aplicación, y sobre las consecuencias de la aplicación no a su debido tiempo o insuficiente". Puesto que el eco-agricultor justamente no puede aplicar esos medios químicos, la prescripción resulta inadecuada para verificar la cualificación profesional de estos agricultores (BverfGE 71, 206; 78, 245); C) También se consideró inadecuada la exigencia legal de acreditar conocimientos técnicos de armas y de Derecho sobre las mismas para la concesión de una licencia de caza de halcones. La prohibición legal de cazar halcones sin licencia tiene como "fin [...] mantener la existencia de las modalidades de caza de pluma que convienen a la cetrería y remediar la penosa situación respecto de la conservación de las rapaces diurnas. Para alcanzar este objetivo, podían establecerse requisitos elevados sobre la aptitud del halconero". Y se considera inadecuada esta prohibición como medio por cuanto justamente para este tipo de caza no se requiere utilizar armas de fuego, pues se contradice el subprincipio de adecuación si "se exige para un permiso conocimientos y aptitudes que no están en ninguna relación con la actividad proyectada" (BverfGE 55, 159, 166, donde el TCFA habla de desproporcionalidad pero se refiere, no obstante, concretamente a la adecuación); D) Un ejemplo de la aplicación del subprincipio de adecuación a la Administración tuvo lugar con ocasión de la colocación de señales de tráfico ante el Ministerio regional de Justicia que prohibían aparcar con excepción de los vehículos oficiales. Esta regulación se fundaba en que, por razones de seguridad y fluidez del tráfico, debía posibilitarse la parada de vehículos en ese lugar para que los visitantes del Ministerio pudiesen bajarse y subirse del vehículo. Sin embargo, la excepción en favor de los vehículos oficiales desbarataba este fin y hacía con ello inadecuado el medio elegido (BverfGE 27, 181, 187 ss). Cfr. Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 239.

*adecuados* aquel que sea más "liviano" y que represente al mismo tiempo la intervención "más pequeña posible" para no incurrir en exceso. De manera tan gráfica como sintética se trata de resumir este principio en la frase "Nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen": "no disparar con cañones a gorriones". Es el correlativo del principio jurídico-penal de intervención mínima en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, para proteger al consumidor de denominaciones de productos que induzcan a error no es "necesaria" una medida que prohíba el producto, sino que basta con una obligación de designación correcta<sup>1195</sup>.

El TCFA reconoce al legislador una cierta libertad en la elección del medio y niega la "necesidad" básicamente sólo si determina, según un enjuiciamiento *ex ante*, que se habría podido utilizar otro medio de intervención igualmente efectivo (y adecuado), pero menos intenso; o si, después de un enjuiciamiento *ex post*, establece que el medio utilizado representa, en comparación con otros, una restricción demasiado fuerte<sup>1196</sup>.

Según Pieroth y Schlink, la necesidad significa que no hay ninguna otra situación que el Estado pueda crear igualmente *sin gran gasto* que sea menos dañosa para el ciudadano y que esté igualmente en una relación proporcionada, a través de hipótesis contrastadas en la realidad, con la situación que el fin perseguido tiene que contemplar como realizable. Dicho brevemente: el fin no puede ser alcanzable a través de un medio igualmente eficaz pero menos dañoso. Siguiendo con el ejemplo de estos autores expuesto en el apartado anterior, se afirma que la limitación de la velocidad sería sólo desproporcional, bajo el aspecto de la necesidad, sólo si las repoblaciones forestales, por lo demás convenientes, habrían creado un determinado bosque e hipótesis contrastadas creasen una relación entre el bosque (la otra situación que el Estado puede crear igualmente sin gran gasto y que es menos dañosa para los ciudadanos) y la propia mejora de estructura de los bosques (situación que el fin tiene que considerar como realizable). Como es sabido, las condiciones de la muerte lenta de los bosques son complejas y la apreciación de las relaciones fundamentalmente empíricas es difícil. Aquí, la prerrogativa legislativa de evaluación significa que las dudas juegan en favor del legislador, mientras que la Administración sólo puede actuar a costa del individuo ya en la duda sólo si ella está autorizada legalmente para la defensa del peligro, al que es inherente siempre un momento de incertidumbre<sup>1197</sup>. Los criterios de la adecuación y la necesidad no tienen el mismo peso. Sólo lo que es adecuado, puede ser necesario; lo que es necesario, puede ser inadecuado.

En la comparación del medio o medios elegidos y los medios alternativos se excluyen muchas alternativas porque no se puede determinar sin dudas que las mismas tengan efectos comparables al medio

1195 Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 74.

1196 BVerfGE 17, 269, 279; 21, 261, 270 ss. Alfred Katz, *Staatsrecht*, cit., p. 93.

1197 Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., pp. 66-67.

elegido<sup>1198</sup>. La propia existencia de medios alternativos, igualmente adecuados, al elegido y cuáles sean es algo que depende del fin perseguido y tenderán a ser tantos más, cuanto más indeterminado sea dicho fin<sup>1199</sup>. La ponderación puede ser muy distinta para cada medio alternativo. No tiene excesiva relevancia el coste económico de las distintas medidas posibles de intervención<sup>1200</sup>. Son muy variados y ricos los ejemplos que ofrece la jurisprudencia sobre la aplicación de este principio<sup>1201</sup>.

---

1198 BVerfGE 7, 377, 434.

1199 Se plantean dificultades adicionales cuando el medio alternativo presuntamente más liviano no afecta a aquellos sobre cuyos derechos fundamentales interviene el medio elegido, pero sí en los derechos fundamentales de otro grupo de personas: a) Cuando se trata del mismo grupo de personas, en caso de duda se puede dejar a la decisión de los afectados la determinación de a través de qué medio se sienten menos afectados; b) Pero cuando se trata de grupos diferentes se plantea una problemática que el TCFA ha resuelto por medio de una ponderación, como se constata en el caso de las farmacias, respecto de la libertad de profesión. El legislador bávaro había establecido una condición objetiva de admisión (a la profesión de farmacéuticos) consistente en la existencia de una necesidad pública o de la generalidad. El objetivo de la medida era la garantía de la salud pública, y se explicaba por el temor del legislador de que la libre concurrencia de muchas farmacias condujese a un descuido de las obligaciones legales, a un despacho de medicamentos a la ligera, a una publicidad engañosa de medicamentos y a una dañosa farmacodependencia. El TCFA consideró que el fin podía lograrse a través de regulaciones del *ejercicio* de la profesión —sin necesidad de acudir a regulaciones de la *elección* de profesión a través, además, de condiciones objetivas, que son la forma más intensa de intervención— *por las empresas farmacéuticas*, a fin de evitar peligros para la salud pública (controles estatales de la fabricación de medicamentos, restricciones a la libre publicidad y de la libre venta). La medida no era, por ello, necesaria. Y así en la sentencia de las farmacias consideró como medida alternativa más liviana a la condición objetiva de admisión (a la profesión de farmacéuticos) consistente en un examen, la posibilidad de dictar regulaciones de ejercicio de la profesión para las empresas farmacéuticas, a fin de evitar peligros para la salud pública: BVerfGE 7, 377, 434 ss.

1200 Según el TCFA, quizás pueda, en el ámbito de las prestaciones estatales, justificarse una transformación del mandato de necesidad en un mandato de economicidad de la actividad estatal, que llevaría a atender a los costes que tienen los medios alternativos, pero en el ámbito de los derechos fundamentales, no corresponde ninguna relevancia decisiva a ese principio de economicidad estatal o costes (tiempo, dinero, contratación de personal).

1201 Otros dos ejemplos serían los siguientes: A) La inobservancia de este subprincipio de necesidad fue también lo que llevó al TCFA a declarar la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley del Censo según el cual las Oficinas estadísticas podrían transmitir a las autoridades superiores competentes de la Federación y de los Länder ciertos datos individuales [Dirección, número de teléfono, sexo, día de nacimiento, estado familiar, nacionalidad, utilización de la vivienda como vivienda única, principal o secundaria, fuente de los principales medios de subsistencia, participación en la vida profesional, calidad de ama de casa, escolar o estudiante universitario, profesión aprendida y duración del ciclo práctico de formación profesional, examen más alto de los aprobados, nombre y dirección del centro de enseñanza o de trabajo, medio de transporte principalmente utilizado y tiempo invertido en el viaje a ese centro, ramo de la actividad de la empresa, situación en la profesión, actividad en que se ejerce, jornada de trabajo, actividad accesoria de índole agrícola o no agrícola (art. 2), y

c) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*, también llamado *Grundsatz der Proportionalität, der Angemessenheit, der Zumutbarkeit*) viene a hacer referencia al establecimiento de una relación entre dos medidas, por lo general entre fin y medio<sup>1202</sup>, bien según una fórmula positiva (que el medio sea proporcional respecto del fin), bien según una fórmula negativa (que el medio no sea desproporcional respecto del fin).

En cualquier caso, el enjuiciamiento a llevar a cabo en virtud de este subprincipio no se dirige tanto a la estructura de la causalidad (entre

---

múltiples detalles muy específicos sobre los edificios especificados en la larga lista del art. 3 y sobre los centros de trabajo contemplados exhaustivamente en el art. 4 (con las excepciones del artículo 9.2)] *sin nombre* en cuanto que estos datos fuesen necesarios para la realización legítima de las funciones incluidas en su ámbito de competencia. No se trataba de datos anónimos, pues permitían identificar fácilmente al afectado, aun con la falta del nombre, mediante la dirección y la fecha de nacimiento. Estos datos podían ser enviados a todas las autoridades inferiores. Con ello, dicho precepto abría potencialmente el acceso a aquellos datos a todas las autoridades de la Federación y los Länder. Una autorización tan global excede, sin embargo, con mucho de la medida de lo que era necesario para la realización de las tareas administrativas. Como medio más ligero habría que tomar en consideración que el legislador abriese el acceso a determinadas partes de los datos a autoridades administrativas específicamente mencionadas para fines determinados exactamente (BVerfGE 65, 1, 65 ss); B) También se apreció una vulneración del principio de necesidad en el caso de una revocación para el funcionamiento de un hotel que se había basado en que en el mismo numerosas chicas menores de edad habían ejercido tráfico sexual con diferentes hombres, de lo que la propietaria no sabía nada. En este caso, habría bastado probablemente con informar a la propietaria de los sucesos y, si ello no hubiese servido de nada, disuadirla. Sólo después de una advertencia sin éxito estaría justificada una revocación del permiso, por lo que la revocación no era necesaria (BVerfGE 49, 160, 167 ss); C) También se consideró contraria al subprincipio de necesidad una prohibición legal para poner en circulación profesionalmente comestibles que podían ser confundidos con chocolate. Evitar esa confusión y proteger de peligros contra la salud a los consumidores es un fin legítimo, que puede lograrse a través de un mandato de denominación, pero también a través de una prohibición de circulación, ambos medios adecuados. Pero la prohibición de circulación es uno de los medios más drásticos imaginables. Normalmente, el mandato de denominación es un medio igual de efectivo pero menos gravoso para ese fin. Así ocurría en el caso enjuiciado en esta sentencia del chocolate, pues aunque el consumidor frecuentemente no se orienta sólo por la denominación de la mercancía, sino también por su apariencia exterior, ello no justifica sin más una prohibición de circulación para proteger a esos consumidores o compradores "a la ligera" ni tampoco otras ponderaciones justificaban la prohibición, existiendo otro medio menos gravoso, pero igual de efectivo para el fin pretendido (BVerfGE 53, 135, 145 ss).

1202 Pero no siempre es así. Por ejemplo, en el caso de enjuiciamiento de la constitucionalidad de una pena se analiza si la pena está en una relación adecuada a "la gravedad del hecho y al grado de culpa del autor". Y así, si la pena impuesta excede de la culpa del autor, será vulnerado el principio de proporcionalidad: BVerfGE 45, 187, 260. Por tanto, la proporcionalidad no se analiza aquí mediante una ponderación entre los inconvenientes y las ventajas de la pena respecto del fin pretendido, sino que resulta simplemente de si se observa el parámetro de la proporcionalidad de la culpa. Una opinión crítica sobre este punto puede verse en Thomas Würtenberger, "Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?", *VVDSt*, 58, 1999, pp. 158 ss.



medio y fin) como los subprincipios de adecuación y necesidad. Más bien se dirige a una valoración material, a una ponderación entre el peso de la intervención y el peso y la perentoriedad de las razones que la justifican, debiendo ponderarse los inconvenientes de la intervención para los afectados frente a los inconvenientes que se derivarían para el interés público si se hubiese prescindido de la intervención y también las posibles ventajas deben ser valoradas. Cuanto más sensiblemente se afecte a los interesados en su derecho fundamental, tanto más intensamente deben ser puestos en peligro los intereses del bien común a los que sirva la regulación sujeta a examen para poder justificar una intervención. Si para lograr un fin basado en el interés público sólo es adecuado un medio que grava pesadamente a los afectados, hay que examinar si la dimensión o intensidad del peligro a contrarrestar justifica una carga tan pesada de los afectados o si la desproporcionalidad de esta carga es tal que debe renunciarse a la intervención<sup>1203</sup>, pese al interés público que la sustente.

El TCFA establece que una medida no puede "gravar desproporcionalmente" al afectado, ni ser desproporcionada, esto es, "con relación a una ponderación conjunta, debe ser garantizado el límite de la proporcionalidad entre la gravedad de la intervención y el peso y la perentoriedad de las razones que la justifican"<sup>1204</sup>. Este principio viene a someter al legislador que restringe los derechos fundamentales a una obligación de fundamentación y justificación<sup>1205</sup>. La doctrina propone

---

1203 Un ejemplo de incumplimiento del mandato de proporcionalidad por parte de un juez sería el siguiente: un administrador de una sociedad mercantil, de la que era el máximo accionista, al que se impusieron por la Cámara de artesanía dos sanciones de 500 marcos cada una que no pudieron ser cobradas, y se planteó contra él una acusación por delito de abuso de confianza, que dio lugar a que el juez de instrucción ordenase el examen médico del administrador para determinar su imputabilidad o no, para lo cual el juez ordenó, conforme a lo que el médico forense entendió necesario, además de una extracción sanguínea, la extracción de líquido del encéfalo y de la médula espinal. Para esta última extracción era preciso clavar una aguja larga en el canal raquídeo, sea a nivel lumbar, sea a nivel occipital. El requerido se niega a un examen tal, pero el juez lo ordena. Un experto ante el TCFA señala que las dos formas de punción son en principio equivalentes para el paciente, pero la segunda sería menos dolorosa y pone en duda la necesidad de tal examen para establecer la responsabilidad del requerido, porque faltan los síntomas objetivos de una lesión orgánica del sistema nervioso central. La prueba cuestionada, según el TCFA, era necesaria para una represión penal, que es un bien público, pero no basta para que la medida sea constitucional con que la finalidad de la ley que permite el acto sea conforme a la Constitución. Hay que examinar también los medios elegidos por el acto en cuestión. El medio elegido era apropiado y necesario, pero representaba una intervención no insignificante que normalmente no sería peligrosa pero que en casos especiales puede conducir a serias complicaciones, por lo cual los *posibles* efectos de esa medida de intervención resultaban desproporcionados (en sentido estricto) con relación a la gravedad del hecho. No podía, por ello, someterse a aquel administrador social a una intervención corporal tan gravosa a causa de un asunto bagatela. La decisión judicial acordando la extracción vulneró, por tanto, el derecho fundamental por inobservancia del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 241.

1204 BVerfGE 30, 292, 316; 33, 171, 187 ss; 81, 156, 194; 83, 1, 19.

1205 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 783; Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit.,

distinguir cuatro pasos en el examen de la proporcionalidad *stricto sensu*: a) la determinación de la conducta estatal que se pone en cuestión; b) la determinación de las posiciones afectadas con ello según la cualidad e intensidad de la afectación; c) la determinación de los bienes jurídicos protegidos por la actuación estatal, sean de naturaleza individual o colectiva; d) la contraposición de ambos bienes jurídicos<sup>1206</sup>.

**C') En especial, el mandato de ponderación como contenido del subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu***

**a.- Concepto**

Todo lo anterior pone claramente de manifiesto que es en el marco de este principio donde se abre espacio a la ponderación de bienes propiamente dicha, a la que el TCFA se refirió por vez primera en la llamada "Lüth-Urteil" (1957)<sup>1207</sup>. Pero la ponderación no es, evidentemente, ningún descubrimiento del TCFA<sup>1208</sup>, sino que era ya desde hace mucho

pp. 132-133.

1206 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 784, siguiendo a Jakobs. Stern, siguiendo a Bettermann, propone una serie de pares de conceptos que pueden ser relacionados en el examen de la proporcionalidad *stricto sensu*: fin y medio; intervención y defensa; acción y reacción; lesión y sanción; utilidad y daño; ventaja y objeción; peligro y represión; gravedad de la intervención y fin pretendido; consecuencias para el ciudadano y utilidad para el Estado; daños de la intervención y daños evitados a través de ella; daños ocasionados y peligro. El problema que se plantea es el de fijar la tercera medida (*Drittmaß*) con relación a la cual se examine la proporcionalidad con arreglo a las anteriores parejas conceptuales. En el caso de la relación entre medio y fin esa tercera medida no puede ser otra que la justicia, como principio al que sirve la proporcionalidad, pero a fin de precisar aún más se señala que la medida por relación ha de ser la estructura valorativa y de orden prevista por la LF (Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 784-785). Pero, incluso así, resulta ese criterio demasiado general como para ser operativo en casos concretos, por lo que, según Stern, se impone una valoración de los bienes jurídicos en juego en su concreto peso jurídico-constitucional, para lo cual hay que ponderarlos con arreglo a una tercera medida jurídico-constitucional. Es en este sentido que habla el TCFA de una "ponderación según la medida del principio de proporcionalidad" (BVerfGE 34, 238, 245; 38, 105, 118). El *tertium comparationis* vendría así a ser el peso jurídico-constitucional del bien. Ello desemboca por lo general en la ponderación de los intereses individuales contrapuestos o de los intereses individuales y las exigencias de la comunidad o intereses públicos. La ponderación según este parámetro sólo será correcta si un bien no es ponderado de manera desproporcionada a costa del otro. No se pueden acordar medidas que afecten desproporcionalmente a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.

1207 BVerfGE 7, 198, 210. Críticamente, sobre esta ponderación casuística de la jurisprudencia constitucional, se posiciona recientemente, desde un enfoque teórico-jurídico, Karl-Heinz Ladeur, "Das Bundesverfassungsgericht als 'Bürgergericht'? Rechtstheoretische Überlegungen zur Einzelfallorientierung der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts", *Rechtstheorie*, núm. 31, 2000, p. 67 ss.

1208 La aplicación de la idea de ponderación a los derechos fundamentales fue combatida ya por el primer Schmitt, por no corresponder "a la idea del principio fundamental de distribución. Un derecho de libertad no es un derecho o bien capaz de entrar a contrapesarse con otros bienes en una pugna de intereses. Para el principio de derechos fundamentales no hay nada más importante que esa libertad, y la cuestión

tiempo un componente de la metodología jurídica de prácticamente todos los ámbitos del Derecho para la solución de colisiones de normas. En el Derecho Constitucional, encierra una valoración a partir de la Constitución que se derivaría del principio de proporcionalidad y del orden de valores de la LF, valores o bienes constitucionales que hay que optimizar por medio del mandato de ponderación. Por ello, la ponderación no significa, en último término, otra cosa que la aplicación del principio de proporcionalidad *stricto sensu*<sup>1209</sup>. Es también cierto que existe una íntima trabazón con otros conceptos utilizados por el TCFA con anterioridad a la sentencia del año 1957 citada, como son los de efecto recíproco (*Wechselwirkung*) entre el derecho fundamental y sus límites o, más tarde, "equilibrio más cuidadoso"<sup>1210</sup> (*schonendster Ausgleich*) o concordancia práctica (*praktische Konkordanz*), pero tales conceptos tienden en realidad a definir un equilibrio proporcionado, que, como Stern señala, no significa necesariamente un equilibrio ideal, pero siempre debe posibilitar la disolución de las relaciones tensas entre los derechos fundamentales y los bienes jurídicos que los limitan a través de una coordinación proporcional<sup>1211</sup> y por ello tales conceptos se integran realmente en el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Dejando para más adelante lo que se refiere a la concordancia práctica, es preciso referirse ahora al llamado efecto recíproco o interacción entre el derecho fundamental y sus límites, que el TCFA ha aplicado especialmente por relación a la libertad de expresión, y las libertades informativas<sup>1212</sup>. Dicho efecto implica que las limitaciones a un

---

está solamente en encontrar la medida de delimitar las injerencias estatales, sean leyes o actos administrativos, haciéndolas mensurables y, de este modo, controlables". Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 172. En una línea parecida, o al menos de continuidad, ForsthoFF considerará a la teoría de los valores en que se basa de algún modo la ponderación como un camino hacia la "disolución de una clara concepción en una charlatanería", hacia la "pérdida no sólo de la racionalidad, sino también del nivel científico", hacia la "disolución de la ley constitucional y hacia la eliminación del contenido de libertad de los derechos fundamentales. Directamente en contra de esta posición se ha expresado recientemente, como Alexy destaca, el constitucionalista americano Kommers, quien propicia un "pensamiento iusconstitucional enraizado en un sistema de valores"; según él, "la genialidad del pensamiento iusconstitucional alemán reside en que tal sistema ha sido expuesto en el ordenamiento valorativo jerárquico del TCFA". Cito a ForsthoFF y Kommers por la exposición de Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 149. Sobre las objeciones al principio de ponderación, rebatiéndolas, véanse las páginas 149 ss. de la obra últimamente citada.

1209 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., Band III/2, p. 817-818; Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., p. 112.

1210 BVerfG, 1 BvR 758/97 vom 26.4.2001, Absatz 19.

1211 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., Band III/2, p. 815.

1212 Por vez primera se aplica en BVerfGE 7, 198, 208 ss; véanse también, entre otras, BVerfGE 28, 191, 200 ss; 35, 202, 225; 42, 133, 141 ss. La aplicación de la doctrina del "efecto recíproco" ("interacción", "efecto intercambio") parte del fin de la expresión de una opinión: los bienes protegidos por el derecho fundamental de que se trate (artículo 5.1) se toman tanto más en consideración cuanto más se trate de una contribución a la lucha intelectual de opiniones en una cuestión afectante al interés público (intereses políticos, económicos, sociales o culturales de la generalidad); los

derecho fundamental, especialmente en el caso de los derechos sujetos a reserva de ley, no pueden ser comprendidas como una restricción unilateral de la garantía iusfundamental, sino que dichas limitaciones deben interpretarse "a la luz de la importancia derecho fundamental" (*im Lichte der Bedeutung des Grundrechts*<sup>1213</sup>) en un Estado liberal democrático y de este modo ser, a su vez, restringidas en cuanto a su efecto limitativo del derecho fundamental (teoría del efecto recíproco: *Wechselwirkungstheorie*, pero también conocida, un tanto sarcásticamente, como "teoría del columpio": *Schaukeltheorie* y como "teoría tambaleante"). Según ello, una intervención en un derecho fundamental sólo está justificada si, y en la medida en que, venga exigida apremiantemente por la protección de bienes jurídicos de rango constitucional al menos de igual valor. Dado que ello hay que decidirlo en último término en el caso particular, para ello debe aplicarse el principio de proporcionalidad a través de una ponderación de bienes<sup>1214</sup>. Todo ello no hace sino confirmar lo que ya hemos adelantado acerca de la ligazón inseparable de este efecto recíproco con el principio de proporcionalidad y el proceso de ponderación de bienes, vinculados a su vez inescindiblemente<sup>1215</sup>.

---

bienes jurídicos protegidos por la cláusula restrictiva son de especial importancia respecto de las opiniones en el tráfico puramente privado, especialmente económico y en la persecución de fines interesados o egoístas. BVerfGE 61, 1, 10 ss; 77, 65, 75 ss.

1213 BVerfGE 7, 198, 208-209; 85, 1, 16; 71, 162, 180-181. Por ejemplo, una ley que regula de manera especial los horarios de farmacias existentes en estaciones de ferrocarril cuando sólo existe una farmacia de esas características en el país: BVerfGE 13, 225, 228 ss. La sentencia que consagra esta doctrina es la "Lüth", citada en primer lugar, donde se lee: "Resulta de esta importancia básica de la libertad de expresión para el Estado liberal democrático que no sería lógico desde el punto de vista de este sistema constitucional, dejar abandonado el radio de acción objetivo justamente de este derecho fundamental a toda relativización por la ley ordinaria (y con ello, necesariamente, por la jurisprudencia de los tribunales que interpretan la ley). Rige más bien en principio también aquí lo que se ha precisado más arriba acerca de la relación de los derechos fundamentales respecto del ordenamiento de Derecho Privado; las leyes generales [como límite de la libertad de expresión] deben ser vistas e interpretadas, a su vez, en su efecto limitador del derecho fundamental, a la luz de la importancia de éste, de modo que el contenido valorativo especial de este derecho fundamental —que debe conducir en una democracia liberal a una presunción básica de libertad de discurso en todos los ámbitos, pero especialmente en la vida pública— quede en todo caso garantizado. La relación recíproca entre el derecho fundamental y la 'ley general' no hay que interpretarla, pues, como restricción unilateral de la fuerza de validez del derecho fundamental a través de las 'leyes generales'; se encuentra más bien un efecto intercambio en el sentido de que las 'leyes generales' establecen límites al derecho fundamental según la literalidad, pero a su vez deben ser interpretadas partiendo del reconocimiento de la significación fijadora de valores (*wertsetzende*) de este derecho fundamental en el Estado liberal democrático y así ellas mismas deben ser a su vez restringidas en su efecto limitador del derecho fundamental".

1214 Alfred Katz, *Staatsrecht*, cit., p. 288.

1215 Véase, sin embargo, Eckart Klein, "Preferred Freedoms-Doktrin und Deutsches Verfassungsrecht", en Íd. (Hrsg.), *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 144, para quien la teoría del efecto recíproco viene a someter en realidad a las intervenciones en la libertad de expresión y las libertades informativas a un

## b.- Parámetro y método de enjuiciamiento

Stern ha destacado cómo no es posible encontrar un parámetro absoluto de ponderación, pues ésta está siempre vinculada al caso concreto, aunque sí pueden señalarse ciertas orientaciones para la ponderación, pues aunque el TCFA ha aplicado, en efecto, la ponderación primariamente como una figura argumentativa de carácter básicamente abierto, es inconfundible una cierta preferencia respecto de los derechos de libertad, lo cual es especialmente perfectible respecto de las libertades de expresión, prensa, información, conciencia y religión, tratadas incluso como *preferred freedoms*, lo que no ocurre normalmente, en cambio, con los derechos fundamentales de la vida económica, por más que ellos también representen una "forma elemental de manifestación de la capacidad humana de obrar". Con todo, dominan en la ponderación los criterios de decisión dirigidos al caso particular, pese a lo cual debe intentarse hacer este proceso tan transparente y manejable racionalmente como sea posible, si bien sin caer tampoco en el total exceso de los métodos lógico-matemáticos que algún autor ha intentado, pues es claro que tales métodos no tienen validez posible cuando nos estamos refiriendo al resultado de la selección judicial de puntos de vista relevantes y su valoración<sup>1216</sup>, algo difícilmente matematizable.

Stern propone distinguir tres fases o pasos en el proceso de ponderación, niveles que a su juicio el TCFA ha seguido o respetado en su jurisprudencia, como un proceder más bien inconsciente y en todo caso no fundamentado; el TCFA parece considerarlo como un escalonamiento lógico que se impone como evidente. Estas tres fases, o grados de examen, del TCFA serían las siguientes<sup>1217</sup>:

1. *Averiguación exacta de los bienes e intereses que hay que ponderar*<sup>1218</sup>. El Tribunal subraya en principio el bien jurídico protegido por el derecho fundamental y su importancia para la vida social; procede, por así decirlo, a determinar el peso del derecho fundamental. Con frecuencia se pone también de relieve, al respecto, la concepción básica que evoca generalmente la relevancia del derecho fundamental en el ordenamiento global de la Comunidad, lo que se ha hecho con prácticamente todos los

test complementario de legitimación constitucional; relativiza, en el fondo, la regulación limitadora prevista en la Constitución

1216 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 818-819. El autor aludido es H. Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977, que cito por la obra de Stern (p. 819, n. 325).

1217 Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 819 ss. La jurisprudencia que cito en las siguientes líneas es sólo una selección de la relación mucho más exhaustiva y precisa que realiza Stern en su obra y no es, en todo, caso jurisprudencia consultada directamente ni que haya siquiera comprobado.

1218 BVerfGE 6, 55, 70 ss. y 82 ss.; 7, 198, 210 (que habla por primera vez expresamente de "ponderación de bienes"); 7, 377, 397; 16, 147, 167; 19, 330, 336; 23, 50, 56; 28, 21, 31; 83, 1, 19; 14, 263, 278 ss.; 18, 85, 121; 79, 174, 198; 83, 201, 212; 73, 261, 270; 84, 212, 228; 6, 32, 37 ss.; 86, 288, 313.

derechos fundamentales<sup>1219</sup>. Los bienes jurídicos contrapuestos que hay que sopesar con el derecho fundamental a limitar pueden ser, en primer lugar, otros derechos fundamentales<sup>1220</sup>. Mayores dificultades ofrece la determinación de otros bienes constitucionales diversos de los derechos fundamentales<sup>1221</sup>. Según Stern, "en la práctica no debería resultar posible ya imaginar bienes jurídicos no escritos dignos de protección" distintos a los reconocidos ya en la jurisprudencia constitucional<sup>1222</sup>. Como Alexy destaca, "el hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales"<sup>1223</sup>.

2. *Peso de los bienes a ponderar.* Según Stern, es básico determinar, para saber cuál es el peso que corresponde al bien a ponderar, si éste tiene o no rango constitucional. Los bienes jurídicos con rango

---

1219 Se destaca, así, por el TCFA cómo el derecho fundamental a la protección del matrimonio y la familia es "no sólo un derecho fundamental clásico, sino más allá de ello una norma básica, esto es, una decisión valorativa vinculante para la totalidad del ámbito del matrimonio y la familia que afecta al Derecho Público y al Privado" (BVerfGE 6, 55, 72 ss; 22, 93, 98; 55, 114, 126); la libertad de expresión "es en suma, como una de las manifestaciones más directas de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos humanos de más alto rango" (BVerfGE 7, 198, 208; 12, 113, 125; 76, 196, 208 ss), doctrina extendida luego a las libertades de prensa, radiodifusión, televisión y cinematográfica (BVerfGE 20, 56, 97; 20, 162, 174; 35, 202, 221 ss; 57, 295, 319 ss; 59, 231, 265 ss; 60, 53, 63 ss; 73, 118, 152; 74, 297 323 ss; 77, 65, 74; 83, 238, 295 ss); la libertad profesional es un derecho con "un rango especial" en estrecha relación con el libre desarrollo de la personalidad (BVerfGE 59, 172, 210; 82, 209, 223); la libre competencia es un "principio básico" de la LF; la propiedad es "una decisión valorativa de la LF de especial importancia para el Estado social de Derecho" (BVerfGE 14, 263, 277; 36, 281, 290; 42, 64, 76), cuya protección tiene un "carácter pre y supraestatal" (BVerfGE 15, 126, 144; 41, 126, 157); la libertad de reunión es "un elemento funcional indispensable de una comunidad democrática", de "importancia básica", "rango especial" (BVerfGE 69, 315; 73, 206, 249), de "significación constitutiva [...] para la democracia" y "especial importancia jurídico-constitucional para el orden liberal democrático de la LF" (BverfG, 1 BvQ 28/01 vom 12.7.2001, Absatz 16), etc. Debe determinarse asimismo con qué alcance y con qué intensidad son afectados los derechos fundamentales en juego.

1220 Por ejemplo, libertad de información y protección de la personalidad en el caso "Lebach", BVerfGE 35, 202, 219.

1221 Esos bienes constitucionales pueden ser, entre otros: la protección de la juventud; la existencia y eficacia, así como la seguridad interna y exterior, del Estado, incluido el orden constitucional; la organización y funcionalidad del Ejército Federal; la existencia de Fuerzas Armadas; la funcionalidad de la administración de justicia; la salud pública y alimentación popular, incluyendo el abastecimiento de medicamentos; la financiación de tareas estatales; los numerosos fines del Estado social; la funcionalidad de la representación parlamentaria; la existencia de relaciones de especial sujeción; la lucha contra la desocupación; la seguridad de la RFA; la protección del orden democrático en libertad; el equilibrio económico global; el medio ambiente; la bandera federal y el himno nacionales, el abastecimiento energético, etc.

1222 Klaus Stern, "El sistema de los...", cit., p. 273.

1223 Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 110.

simplemente legal únicamente pueden ser tomados en consideración respecto de derechos fundamentales sujetos a reserva de ley pues, en relación a los derechos sin reserva de ley, rige la conocida doctrina constitucional de los límites inmanentes *lato sensu*, según la cual, sus límites sólo pueden venir dados por derechos o bienes de rango constitucional.

Así pues, debería distinguirse<sup>1224</sup>, en primer término, entre bienes jurídicos legales y bienes jurídico-constitucionales<sup>1225</sup> como habilitadores

---

1224 Alexy, con mayor precisión, considera que deben distinguirse, dentro de los principios protectores de bienes colectivos que operan como límite a los derechos fundamentales, una jerarquía constitucional de primer y de segundo grado. "Un principio tiene jerarquía constitucional de primer grado cuando puede limitar un derecho fundamental garantizado *sin reserva*. Tiene jerarquía de segundo grado si sólo conjuntamente con una norma de competencia estatuida en una disposición de reserva puede limitar un derecho fundamental. Por lo tanto, en principios con jerarquía constitucional de segundo grado, el aspecto formal y el aspecto material o de competencia tienen que reforzarse recíprocamente, a fin de justificar una restricción. Por definición, el hecho de que el aspecto material justifique una jerarquía constitucional de segundo grado no puede ser mostrado mediante una adscripción material inmediata a una disposición constitucional, sino que debe ser fundamentada a través de una argumentación iusfundamental. Por ello, la jerarquía constitucional de segundo grado es un asunto mucho más inseguro que la ya a menudo insegura jerarquía constitucional de primer grado". Un principio formal o procedimental es "el que dice que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad. Este principio formal puede ser sopesado, conjuntamente con un principio material que sirve sólo intereses comunitarios relativos, frente a un principio de derecho fundamental que otorga derechos individuales". Además, aquel principio formal "es la razón por la cual el TCFA concede numerosos márgenes de acción al legislador. En la medida en que la concesión de márgenes de acción trae como consecuencia que exista menos protección iusfundamental que la que existiría si no hubiese estos márgenes de acción, aquel principio puede ser calificado como una razón de restricción independiente". Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 132-133.

1225 Respecto de los bienes jurídicos de rango constitucional, como posible límite de todos los derechos fundamentales y único límite posible de los derechos sin reserva de ley, se plantea, por un lado, la cuestión de si es precisa o no la intervención del legislador, la *interpositio legislatoris*. Y así es, en efecto, según la doctrina mayoritaria: los límites "inmanentes" (*lato sensu*) a los derechos fundamentales deben ser establecidos por el legislador legitimado democráticamente, aun cuando no pueda constituirlos primariamente, sino sólo establecerlos en aclaración de las posibilidades de limitación ancladas constitucionalmente. En consecuencia, no resultan legitimados para ello los actos administrativos ni las decisiones judiciales (Cfr. Horst Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., pp. 83-84; Harmut Bauer, "Koalitionsfreiheit...", cit., p. 658). Esta necesidad de intervención del legislador no es algo inútil, sino, por el contrario, algo especialmente importante dado el alto rango de los derechos fundamentales sin reservas (Horst Dreier, "Vorbemerkungen...", cit., p. 84). Se considera necesaria esta autorización por ley incluso respecto de las intervenciones simplemente fácticas, como por ejemplo a través de las actividades de información de instancias estatales (o privadas autorizadas por el Estado): BverwGE 90, 112 ss., cit. por Martín Morlok, "Glaubens-...", cit., p. 323. Pese a la orientación en sentido diverso de la jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional administrativo (BverwGE 82, 76), la doctrina considera que hay que mantener estrictamente la necesidad de una autorización legislativa de la intervención, sin que la fundamentación directamente constitucional de las tareas supla

de límites a los derechos fundamentales. Los segundos son los únicos posibles en el caso de derechos fundamentales sin reserva de ley, mientras que en el caso de los derechos fundamentales sujetos a una reserva legal pueden operar también límites basados en bienes jurídicos de simple rango legal<sup>1226</sup>.

3. *Ponderación propiamente dicha*: Se trata de llevar a cabo la ponderación en sentido propio, como procedimiento o método para determinar cuál o cuáles de las disposiciones constitucionales en conflicto

la falta de competencia legislativa para la intervención en los derechos fundamentales. En cualquier caso, la ley ordinaria que concrete estos límites inmanentes no debe ser aplicada sin más (por ello, no están los derechos bajo una reserva ordinaria de ley), sino que, más bien, la restricción sólo puede llevarse a término cuando, y en la medida en que, ello venga exigido por la protección de los bienes constitucionales rivalizantes (Martin Morlok, "Glaubens-...", cit., p. 323). Pero es lo cierto que la oportuna regulación legislativa equilibradora, por medio de la concreción de estos límites, no existe siempre y, así, se ha señalado por la doctrina el déficit de legislación para la concreción de algunos de estos límites, como, por ejemplo, con relación a la libertad de coalición, en el ámbito del Derecho de conflictos laborales (Harmut Bauer, "Koalitionsfreiheit...", cit., p. 658). Se ha entendido, al respecto, que, a falta de un fundamento específico de autorización se puede recurrir, para la defensa frente a un peligro para otros bienes constitucionales, a la cláusula general de policía.

1226 En cuanto a estos últimos, bienes jurídicos de rango simplemente legal, debe decirse que el TCFA ha reconocido, en efecto, la posibilidad de que el legislador intervenga en los derechos fundamentales *con reserva de ley*, y no por tanto en el caso de los derechos sin reserva, sobre la base de los llamados por la doctrina "intereses comunitarios *relativos*", que no son prefijados por la LF al legislador, sino que éste verdaderamente los constituye *ex novo* [Véase BVerfGE 13, 97, 107 ss., para la distinción entre los "valores absolutos de la comunidad, es decir, generalmente reconocidos e independientes de la respectiva política de la comunidad (por ejemplo, la salud pública)" y los intereses relativos de la comunidad, que resultarían de las "concepciones y objetivos especiales de política económica, social y comunitaria" del legislador. El fragmento entero ha sido ya citado al hablar de la reserva de ley y las cautelas frente al legislador. La sentencia, en todo caso, no emplea el término "relativos"]. Sin embargo, exige el TCFA que el legislador decida, bajo ponderación de los diferentes intereses contrapuestos en el estado de cosas dado, sobre las cuestiones, dejadas abiertas por la Constitución, de la convivencia (BVerfGE 33, 125, 159: El Estado opera, de este modo, como "Guardián del bien común (*Hüter des Gemeinwohls*) frente a los intereses de grupo"). Y una orientación del legislador al respecto, para hacer la ponderación segura constitucionalmente, tiene que realizarse a partir de la concepción de la LF de la posición básica y las tareas del hombre en la sociedad y el Estado (BVerfGE 30, 292, 315; 41, 251, 264; 53, 30, 56). Es claro, sin embargo, que la reserva de ley no abre la posibilidad de establecer a los derechos reservados, por medio de la ley, cualquier tipo de restricciones. Considera, así, Stern que, puesto que el principio de proporcionalidad sirve justamente para la coordinación de los intereses "relativos" con los bienes protegidos por derechos fundamentales, sólo el cuidadoso equilibrio entre estos diferentes bienes puede conducir a una proporción de la medida de intervención. La problemática, concluye este autor, se revela en conjunto como todavía no suficientemente aclarada como para formular juicios definitivos. La jurisprudencia tantea al respecto casuísticamente. La posición básica podría ser, que los bienes jurídicos regulados por el legislador ordinario son en todo caso adecuados para la ponderación, si encuentran apoyo en la Constitución. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 827.



tiene una mayor jerarquía en la cuestión a decidir en concreto para que la norma que tenga menor prioridad sea desplazada en su aplicación en la medida en que sea obligatorio desde un punto de vista lógico y sistemático. En este procedimiento de ponderación suelen distinguirse dos fases: la averiguación abstracta del rango y la comparación abstracta del rango de los bienes jurídicos; y, en segundo lugar, la ponderación de los intereses relacionados con el caso concreto y sus circunstancias particulares. El proceder del TCFA lleva así a una determinación de la primacía en parte abstracta y en parte concreta. Decisiones de primacía abstracta se producen cuando el TCFA, evidentemente expresando una valoración apoyada jurídico-constitucionalmente, en el artículo 6.2 LF concede primacía al derecho de los padres sobre el derecho del Estado de educación<sup>1227</sup>; cuando en el marco del artículo 5 LF se garantiza una primacía "sin más" y "básica" a la administración de justicia ordenada o a la administración ordenada respecto de la libertad de opinión<sup>1228</sup>. Pero lo más frecuente es que el TCFA diga que "a ninguno de los bienes jurídicos [libertad artística y protección de la juventud y la infancia, en este caso] corresponde desde el principio una primacía frente al otro"<sup>1229</sup>. Por ello, la mayoría de las veces, la comparación abstracta desemboca en una comparación concreta<sup>1230</sup>.

Y para la decisión y ponderación del caso concreto se aplica el principio de proporcionalidad *stricto sensu*, que viene de este modo prácticamente a identificarse con la ponderación o, cuando menos, conlleva una considerable intercambiabilidad entre ponderación y proporcionalidad, a la que se califica en ocasiones como "lex situationis"<sup>1231</sup>, no sin razón, pues el examen de proporcionalidad exige la

1227 BVerfGE 24, 119, 135; 60, 79, 88; 79, 51, 60.

1228 BVerfGE 26, 186, 205; 28, 191, 198 y 200.

1229 BVerfGE 83, 130, 138.

1230 Por ejemplo, en la contraposición de la "libertad de prensa" y la "seguridad de la República Federal": "El rango de este bien protegido [la seguridad nacional] es adecuado para hacer retroceder en todo caso a la libertad de prensa cuando la publicación de secretos de Estado ponga gravemente en peligro la seguridad de la República Federal [...] La ponderación concreta puede llevar en un caso" a la primacía de un bien jurídico, y en otro caso a la primacía del otro bien protegido [BVerfGE 21, 239, 243; 27, 81, 85 ss; 27, 104, 109; 77, 65, 77 (bien protegido en este caso: intereses graves del Estado liberal democrático)]. En algún caso, prescinde el TCFA de una ponderación abstracta, como por ejemplo en las sentencias del aborto, en las que reconoce el mismo valor de toda vida humana e inmediatamente procede a una ponderación concreta de la protección de la vida para el *nasciturus* y el derecho de autodeterminación de la embarazada: BVerfGE 39, 1, 43 y 59; 88, 203, 251 ss. Véase Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 832-833.

1231 Cfr. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 833. Así pues, como Stern señala, "una ponderación general puede ser el punto de partida", pero, como señala el TCFA, "dónde hay que fijar en concreto los límites, se puede decidir sólo bajo observancia de las circunstancias del caso particular" (BVerfGE 35, 202, 233). Ello resulta del carácter relacional y formal del concepto clave de "ponderación", que no proporciona ningún parámetro material, sino que remite a una estructura o complejo de estructuras específicamente protegidas por la Constitución, y construye asimismo una relación valorativa entre las estructuras afectadas. Pero no contiene ni una definición clara del

ponderación de las circunstancias concretas concurrentes, y obliga con ello a "meterse" en la concreta situación de que se trate<sup>1232</sup>.

---

bien protegido mismo ni una determinación de su peso, sino que simplemente abre un nuevo nivel de argumentación. Y sólo a través de la introducción del principio de proporcionalidad se proporciona en este nivel un parámetro para la decisión del caso concreto. Pero, como Stern subraya, la introducción del principio de proporcionalidad en el proceso de ponderación no da, sin embargo, todavía ninguna información sobre la aplicación del principio en la ponderación concreta. Respecto de ésta, juegan un papel importante las circunstancias del caso concreto, porque siempre se trata de una ponderación de los bienes que estén en juego. Y aunque pueden establecerse quizás algunas reglas generales, lo cierto es que Stern, suscribiendo la "opinión" en idéntico sentido de Wendt, expresa su esperanza de que a la larga, según se vayan produciendo decisiones judiciales y la discusión de las mismas, se puedan construir modelos de decisión de casos típicos que se basen en un amplio consenso en cuanto a la ponderación de los intereses comunitarios perseguidos y los intereses iusfundamentales y proseguir así en la tarea de racionalización de la ponderación, racionalización que se logrará tanto más cuanto más se renuncie al consenso de desarrollar de manera importante el principio de proporcionalidad en el tercer nivel del proceso de ponderación. Véase Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 833 y 836-837.

1232 Según algunos autores, el enjuiciamiento de esta proporcionalidad en sentido estricto por medio de la ponderación sólo es posible llevarla a cabo con relación a un caso particular. Frente a ello, se ha objetado que entonces no sería posible enjuiciar una ley desde el punto de vista de su proporcionalidad, pues las leyes suelen ser regulaciones abstractas y generales y no de casos particulares, además de que se iría en contra de la teoría de la reserva de ley, según la cual justamente en el ámbito de los derechos fundamentales el legislador debe encontrar las regulaciones necesarias y no puede delegar ni en la Administración ni en los tribunales. Por ello, se sostiene que la ponderación ordenada por el principio de proporcionalidad hay que aplicarlo ya al nivel abstracto-general de la ley. Pero en cuanto las circunstancias determinantes no puedan ser comprendidas por la ley, el legislador puede remitir la ponderación al caso particular, por ejemplo, a través de mandatos expresos de ponderación, cláusulas generales o aperturas a la discrecionalidad. No obstante, debe señalarse que, en principio, no debe dejarse a la discrecionalidad del segundo o tercer poder la decisión relativa a un derecho fundamental y en especial las autorizaciones en el ámbito de la libertad de profesión o de la propiedad no pueden hacerse depender, a través de apoderamientos absolutamente discrecionales, de ponderaciones de autoridades sobre la utilidad o conveniencia, sino que la ley debe fijar los criterios para conceder la autorización y las razones por las que puede ser negada. BVerfGE 20, 150, 158. Pero las excepciones "son inevitables". En materia penal y de orden público, debe dejarse, dentro del marco legal, al juez o a la Administración la fijación del grado de la pena o multa para que puedan valorarse suficientemente las circunstancias del caso particular. También puede preverse una discrecionalidad si una conducta puede ser apriorísticamente prohibida y sólo podrá permitirse excepcionalmente, como es el caso de las llamadas prohibiciones represivas con posibilidad discrecional de autorización. Cfr. Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 76. Y en cualquier caso, ello significa que la ponderación y el examen de la proporcionalidad pueden realizarse respecto de disposiciones normativas de carácter general, pero incluso entonces deben tenerse presentes las circunstancias concretas que se den respecto de esa concreta disposición. Véase Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 90. Por lo demás, en muchos casos se tratará directamente del examen de una medida interventora que se produce a través de un acto particular, pero en aplicación de una ley, con lo cual indirectamente también debe ser ésta examinada. Deben aquí, según Schmalz, distinguirse dos casos: a) si la intervención está prevista obligatoriamente por la ley o

Según Schmalz, debe aquí concretamente ponderarse: a) la medida se dirige a producir una ventaja o a evitar un perjuicio: debe sopesarse y valorarse esta utilidad; b) Al mismo tiempo, la medida está ligada a cargas para la generalidad o para el individuo, esto es, tiene como consecuencia perjuicios y si pesan éstos más que las ventajas (la utilidad), la medida es desproporcionada. La ponderación debe ser lo más concreta posible. Si se trata, por ejemplo, de la obligación de receta de un medicamento, los elementos de ponderación "protección de la salud pública" frente a la "libertad de profesión del farmacéutico" resultan demasiado abstractos, comprenden demasiados casos para llevar a cabo una ponderación convincente. En lugar de ellos, son elementos de ponderación: por un lado, los peligros que se derivan del despacho médicamente incontrolado de determinados medicamentos; por otro lado, los intereses del farmacéutico y los consumidores en la libertad de ventas o comercio. A veces, no obstante, no se pueden indicar ni valorar más exactamente las utilidades y perjuicios de una medida, por ejemplo respecto de requisitos de examen, preceptos sobre urbanismo, impuestos y multas<sup>1233</sup>. Por nuestra parte, destacaríamos que es importante además no introducir en la ponderación elementos que no tienen relevancia y no han de influir por ello en la ponderación, como por ejemplo que una determinada opinión crítica se dirija contra un colega, pues el peso de la protección de la honra, dice el TCFA, respecto de las expresiones sobre colegas profesionales no es mayor que la que existe respecto de las expresiones referidas a otros terceros<sup>1234</sup>; y debe atenderse a la función del ejercicio de la libertad y, así, si una expresión contribuye a la formación de una opinión pública, regirá una "presunción a favor de la libertad de

---

por lo menos es previsible como caso típico de aplicación de la ley, en cuyo caso la compatibilidad con los derechos fundamentales debe examinarse sólo al nivel de la ley. Si se concluye la conformidad de la ley a los derechos fundamentales, no es necesario ya ningún otro examen a nivel del acto particular con relación a la aplicación de la ley, sino que simplemente se materializa la regulación legal juzgada constitucional; b) si, por el contrario, la ley deja un campo de juego, especialmente como autorización para una decisión discrecional, el centro de gravedad del examen se traslada a la aplicación en el caso particular (véase, por ejemplo, más adelante, la exposición de BVerfGE 83, 130). Ello vale tanto más cuanto más intensamente esté caracterizado el caso particular por circunstancias atípicas. Como Stern concluye su estudio de la ponderación, "el postulado irrenunciable de una decisión correcta del caso particular exige un tratamiento concreto-individual del caso de colisión, que puede ser determinado, pero nunca sustituido, a nivel legislativo mediante una ponderación abstracto-general. Con razón invita también F. Ossenbühl, a 'conectar' la aplicación de los derechos fundamentales al caso particular a una construcción abstractizante y generalizadora, para poder 'clarificar las situaciones de conflicto determinadas de un modo tópico-dialéctico con independencia del caso particular'. Pero la protección de los derechos fundamentales debe siempre verificarse en el caso particular, no en sublimes sistemas abstractos de valores. Los 'modelos de decisión de casos típicos' deducidos al nivel de abstracción deben siempre transformarse en 'justicia material en el caso particular' al nivel de concretización". Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 837.

<sup>1233</sup> Dieter Schmalz, *Grundrechte*, cit., p. 75.

<sup>1234</sup> Bverf NJW 1999, 2263.

expresión"<sup>1235</sup>.

Por otro lado, en función de este principio de proporcionalidad *stricto sensu*, la norma más débil es desplazada en su aplicación tan solo en la medida en que es obligatorio desde un punto de vista lógico y sistemático a fin de lograr una "concordancia práctica"<sup>1236</sup>. De este modo, cuanto más intensa sea la intervención en el ejercicio de un derecho fundamental a causa de la protección de los derechos de terceras personas o bienes jurídicos de rango constitucional, mayor debe ser la jerarquía de las razones que justifiquen dicha intervención. En definitiva, lo que se trata de medir es la relación entre la intensidad de la intervención y sus razones de justificación de conformidad con el rango valorativo de los intereses protegidos constitucionalmente<sup>1237</sup>. Partiendo de la jurisprudencia constitucional, Alexy<sup>1238</sup> ha tratado de racionalizar el proceso de

1235 BVerfGE 93, 294.

1236 El concepto de "concordancia práctica" es también un criterio de ayuda para realizar la ponderación. El concepto de "concordancia práctica" se debe a Hesse, quien considera la cuestión de los límites a los derechos fundamentales como una cuestión de fijar una "concordancia práctica" entre "las relaciones vitales protegidas por los derechos fundamentales" y "otras relaciones vitales que son, igual que aquellas, esenciales para la vida de la Comunidad y por ello están, o deben estar, jurídicamente protegidas". Se trata de lograr, dice Hesse, "la coordinación 'proporcional' de derechos fundamentales y bienes jurídicos limitadores de los derechos fundamentales", llevando a unos y a otros a una "vigencia óptima" y ello a partir de la consideración de las prescripciones en conflicto desde una perspectiva conjunta informada por el principio de unidad de la Constitución. Y puesto que los derechos fundamentales, incluso aunque estén sometidos a una reserva de ley, pertenecen a los componentes esenciales del orden constitucional, la fijación de esa "coordinación proporcional" no puede llevar a que se prive al derecho fundamental más de lo necesario, o incluso en su integridad, de su vigencia en la vida de la comunidad. Por ello, la limitación de un derecho fundamental ha de ser adecuada, necesaria y proporcional. En ciertos casos excepcionales, como por ejemplo una colisión de diferentes posiciones de derechos fundamentales, puede resultar inevitable al final hacer ceder a un derecho fundamental en su integridad (por ejemplo, la libertad artística frente a la libertad religiosa), lo cual "necesita, sin embargo, de una mayor fundamentación jurídica, que no se puede realizar por medio de una mera 'ponderación de bienes' insustantivada". Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., pp. 142-143. Sería también el caso, según la perspectiva del TCFA, del derecho a la vida del *nasciturus* frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre embarazada en los supuestos de regulación legal de la despenalización del aborto: BVerfGE 88, 203, 253 ss. La cuestión estriba en si esta "concordancia práctica" se identifica o no con la "proporcionalidad" en sentido estricto. La interpretación de Stern es que no es así exactamente, sino que la concordancia práctica sería más bien una "proporcionalidad óptima" y no un simple "límite de tolerancia". Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 835. Lo cierto es, sin embargo, que también el TCFA lleva a cabo una optimización de los derechos fundamentales sobre la base de la proporcionalidad, con lo cual la diferenciación expuesta más bien se diluye: Por ejemplo, dice el TCFA que debe otorgarse al titular de la libertad de ciencia "a través de adecuadas estructuras liberales de la Universidad, tanta libertad en su actividad científica como sea posible tomando en cuenta las tareas de la Universidad y los intereses de los diferentes titulares de derechos fundamentales que trabajan en la Universidad": BVerfGE 35, 79, 123 ss; 41, 29, 50 ss.

1237 Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y...*, cit., pp. 284-285.

1238 Nos referimos, en lo que sigue, a la exposición de Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 160 ss.

ponderación, en uno de los intentos más logrados hasta ahora en la doctrina alemana. Formula así una regla que llama ley de la ponderación: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". Esta regla hace depender la medida permitida de no satisfacción o afectación de uno de los principios del grado de importancia de la satisfacción del otro y pone de relieve que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos. Esta regla, sostiene Alexy, no formula *per se* ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos, pero, en cambio, el modelo de la ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación como estructura formal con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación, aunque escapa a una metrificación que pudiera conducir a un cálculo intersubjetivamente obligatorio del resultado, sí nos dice qué es importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la no satisfacción o afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro. Quien dice que una afectación muy intensa sólo puede ser justificada mediante un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio opuesto no dice nada todavía acerca de cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo un grado de importancia muy alto. Pero dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación; se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia. La ley de ponderación dice, así, qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente y no es, por ello, cierto que no diga nada o que sea una fórmula vacía<sup>1239 y 1240</sup>.

---

1239 Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 161 y 164 ss. Y por otro lado, subraya Alexy que los argumentos aducibles para la fundamentación de tales enunciados no tienen ningún carácter específico de ponderación, sino que es posible tomar en cuenta cualquier argumento de la argumentación jurídica. Y así se pondría de manifiesto, por ejemplo, en el caso Lebach (BverfGE 35, 202). Se trataba éste de un caso de una cadena de televisión (ZDF) que programaba la emisión de una película documental con el título "El asesinato de soldados en Lebach", en la que se informaba acerca de un crimen en el que cuatro soldados del grupo de guardia de un depósito de municiones del Ejército federal cerca de Lebach fueron asesinados mientras dormían y se sustrajeron armas con las que se pensaba realizar otros actos delictivos. Una persona que había sido condenada por complicidad en este crimen dos años antes de la emisión de la película documental y que estaba a punto de abandonar la prisión consideró que la emisión de esta película televisiva en la que era mencionada expresamente y aparecía fotografiada violaba su derecho a la dignidad humana en relación con su derecho al libre desarrollo de la personalidad, sobre todo porque hacía peligrar su resocialización. En la película, se presentaban las relaciones entre los autores, incluidos sus contactos homosexuales, los detalles de los hechos criminales y la investigación ulterior. Los tribunales ordinarios rechazaron la petición de un auto provisional para prohibir la emisión de la película. Pues bien, y esto es lo que ahora importa destacar, el TCFA a la hora de enjuiciar el caso, va a fundamentar la tesis de que la emisión afectaría muy intensamente la protección de la personalidad aduciendo, por ejemplo, que el alcance de

las emisiones de televisión, los efectos de la forma de la emisión como teatro documental, el alto grado de credibilidad que tienen estas emisiones en el público, los peligros que de ello y de otras características de la emisión resultan para la resocialización y el perjuicio adicional que un tal teatro argumental significa cuando es emitido algún tiempo después de la información actual. Y por lo que respecta a la importancia de la satisfacción del principio de la libertad de emisión, se presentan, por lo pronto, numerosas razones de la importancia de una información sobre hechos delictivos graves. Sobre este trasfondo, luego es calificada la repetición de la información que ha de ser juzgada como no lo suficientemente importante como para justificar la intensidad de la afectación. BVerfGE 35, 202, 224 ss: La mención del nombre, la reproducción de la imagen u otras formas de identificación no resultan justificables respecto de la llamada criminalidad menor ni respecto de la juventud (p. 232), aunque podría darse una excepción respecto de informaciones que sirviesen un sobresaliente interés histórico (p. 238), pero sí que resulta todo ello justificado, y también las informaciones sobre la vida de los autores: a) en cuanto guarde una relación directa con el delito; b) se trate de delitos graves; c) hayan sido cometidos por adultos; d) y recientemente consumados. Tratándose de hechos cometidos hace ya tiempo, la regla se invierte y se da primacía al libre desarrollo de la personalidad (resocialización) sobre la libertad de información (emisión). La cuestión es fijar el tope temporal a partir del cual la primacía juega en favor del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y el TCFA concede a la resocialización (y, en relación con ello, al momento en que vaya a quedar en libertad) una gran importancia al respecto: "un reportaje repetido, ya no cubierto por el interés actual de información, sobre un delito grave es en todo caso inadmisibles si pone en peligro la resocialización del autor" del delito, pues prima la oportunidad, de importancia vital para el criminal, de insertarse de nuevo en la sociedad libre y el interés de la propia comunidad en su resocialización. "Hay que aceptar una puesta en peligro de la resocialización por regla general si un programa identificando al autor del delito debe ser emitido después de su puesta en libertad o poco antes de su inminente liberación" (pp. 237 ss). Se comprueba, con todo ello, dice Alexy, que las razones aducidas por el Tribunal en el marco de la ponderación son de naturaleza muy diversa, por ejemplo, la referencia a hechos (alcance de las emisiones de televisión), y legalidades empíricas (causación de una puesta en peligro de la resocialización), así como juicios normativos (clasificación de la resocialización como urgentemente exigida por el derecho a la dignidad humana en conexión con el derecho al libre desarrollo de la personalidad). Y dice Alexy que este tipo de esquema de razones que incluye valoraciones no permite concluir que la ponderación no sea racional por dar entrada a valoraciones que no han sido dadas de antemano con autoridad vinculante como obligatorias. Al respecto, cabe decir, primero, que existen numerosas ponderaciones que, con respecto a su contenido valorativo provocan menos dificultades que las interpretaciones y, segundo, que este argumento es, en el mejor de los casos, adecuado para poner de manifiesto que las ponderaciones poseen un grado de racionalidad más reducido que las interpretaciones. Sin embargo, este argumento carece de fuerza necesaria para demostrar la irracionalidad o la no-racionalidad de las ponderaciones. Robert Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 165-166.

1240 Otro ejemplo de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto por medio de la ponderación lo encontramos en el caso de la sentencia sobre la incapacidad procesal, referido a la admisibilidad de la realización de una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre el peligro de sufrir un infarto. Se produce en estos casos "una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del Derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental". Ninguno de estos dos deberes estatales goza, sin embargo, de "prioridad sin más", sino que el

## B) Contenido esencial

### A') Origen y significación

El artículo 19.2 LF establece que en ningún caso podrá un derecho fundamental ser afectado en su "contenido esencial", previsión que, según Stern, "no es manifiestamente una innovación del constituyente de la LF. En términos generales, ya había sido adoptada por Carl Schmitt en lo que hace al contenido nuclear de la Constitución y de las garantías constitucionales", dando Hensel y Kaufmann un paso más "cuando destacaron la 'idea valorativa ínsita' en los derechos fundamentales o el 'concepto material de valor' que significaba un límite regulativo para el legislador". Con esta garantía se pretende salir al paso, sigue diciendo Stern, del peligro de vaciamiento de los derechos fundamentales a causa de la multiplicidad de reservas legales existentes en el catálogo weimariano de los derechos fundamentales, siendo "la abusiva limitación y suspensión" de los mismos durante el período nacionalsocialista la piedra de toque que condujo a un aseguramiento material del contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>1241</sup>.

El TCFA ha desarrollado para la mayoría de los derechos fundamentales criterios concretos para determinar cuándo se viola un

---

conflicto debe solucionarse "por medio de una ponderación de los intereses opuestos". Se trata de ponderar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto: "Si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que se deriva del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF": BVerfGE 51, 324, 345 ss. Como Alexy comenta, "si tan sólo existiera el principio de la aplicación efectiva del Derecho penal, la audiencia oral estaría ordenada o, al menos, permitida. Si existiera tan sólo el principio de la protección de la vida y de la integridad física, estaría prohibida la realización de la audiencia oral. Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de preferencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente". Robert Alexy, *Teoría de los...*, cit., pp. 90 ss. El TCFA atenderá a "si los intereses del acusado en el caso concreto tienen manifiestamente un peso esencial mayor que el de aquellos intereses a cuya preservación debe servir la medida estatal". Sostiene, en primer término, al respecto el TCFA que "si existe el peligro concreto, manifiesto, de que el acusado, de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del proceso lesiona su derecho fundamental del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF": BVerfGE 51, 324, 346.

<sup>1241</sup> Klaus Stern, "El sistema de los...", cit., p. 275.

derecho fundamental. En cambio, no pueden deducirse de su jurisprudencia criterios generales para la determinación del contenido esencial que sean aplicables a todos los derechos fundamentales. En general, señala Stern, pese a la rígida formulación del artículo 19.2 LF, este precepto "no encontró ni en la bibliografía ni en la jurisprudencia la atención que merecía. Incluso el TCFA sólo lo mencionó en raras ocasiones y más bien de modo marginal, habiendo casi prescindido de él en las decisiones más recientes". En la doctrina existen muy diversas teorías generales sobre qué debe entenderse por contenido esencial, pero ninguna de ellas ha logrado un consenso general ni siquiera amplio. Más bien, existe un "profundo disenso dogmático"<sup>1242</sup>, lo que se explica en buena medida porque, como Luhmann señala, "la esencia de la esencia es desconocida"<sup>1243</sup>.

### **B') Concepciones generales en la doctrina y posición del TCFA**

Estas teorías suelen agruparse, prescindiendo de los múltiples matices de la formulación de cada autor, en dos grandes grupos: las llamadas teorías absolutas y las relativas. Según estas últimas, el contenido esencial se determinaría a partir de ponderaciones de los valores o intereses que concurren unos con otros en un caso particular<sup>1244</sup>; se trata de una concepción relativa del "contenido esencial" que conduce a que el contenido esencial sólo pueda determinarse, en último término, con ocasión de cada caso concreto.

Según las teorías absolutas<sup>1245</sup>, en cambio, el "contenido

---

1242 Klaus Stern, "El sistema de los...", cit., p. 275.

1243 Cit. por Peter Lerche, "Grundrechtsschranken", cit., p. 793, n. 107.

1244 Es la posición, ante todo, de Peter Häberle, *Die Wesenthaltsgarantie...*, cit., pp. 32, 51 ss. y 58, quien parte de que la reserva de las "leyes generales" fijada en el artículo 5 LF es una reserva inmanente a los restantes derechos fundamentales. Häberle interpreta, por lo demás, dicha reserva en el sentido de Smend o Kaufmann: "leyes generales" son aquellos valores constitucionales de igual o superior rango respecto del derecho fundamental, a fijar mediante la ponderación de bienes. Considera, así, Häberle, que los derechos fundamentales encuentran sus límites (inmanentes), a través de una interpretación sistemática de la LF, en los valores constitucionales que se contraponen a su completa realización, en los intereses públicos contenidos en las normas constitucionales competenciales o el principio del Estado social. Estos límites inmanentes se determinan a través del principio de ponderación de bienes, de manera que es inadmisibles una restricción de un derecho fundamental que vaya más allá de lo exigido por un bien jurídico-constitucional de igual o superior rango, pues dicha restricción sería ya una intervención en el contenido esencial. De este modo, la garantía del contenido esencial pierde toda significación autónoma y es una norma puramente declaratoria.

1245 Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Band I, cit., p. 551 ss; Klaus Stern, *Staatsrecht des Bundesrepublik...*, cit., pp. 865 ss. y 875 ss. e íd., "El sistema de los...", cit., p. 275; Hildegard Krüger, "Der Wesensgehalt der Grundrechte...", cit., pp. 600 ss; Peter Lerche, "Grundrechtsschranken", cit., pp. 793 ss. Según Stern, pese a la escasa relevancia del "contenido esencial" en la jurisprudencia constitucional y el disenso dogmático, el precepto que lo garantiza constituye una norma esencial para el sistema de los derechos fundamentales por el tenor literal, la posición



esencial" de los derechos fundamentales es un límite absoluto que hay que determinar con independencia de las colisiones en el caso particular, es un contenido resistente a las intervenciones no relativizable. Mientras para las teorías relativas el alcance y extensión con que puede intervenir legítimamente en un derecho fundamental depende de la ponderación con los intereses colisionantes en cada caso, para las teorías absolutas el contenido esencial no depende en modo alguno de la concreta situación, sino que, una vez determinado, se garantiza frente a cualquier intervención y cualquiera que sea la intensidad de la colisión con los intereses generales.

Y en cuanto a la determinación de qué ha de entenderse por contenido esencial, divergen las teorías absolutas ya por lo pronto en si ese contenido esencial debe referirse al derecho fundamental como instituto jurídico abstracto<sup>1246</sup> (para apreciar una violación del contenido esencial de un derecho fundamental debe afectar a un número de afectados tan elevado que el derecho fundamental pierda el significado pretendido por la LF y no simplemente a un individuo concreto y, así, no hay vulneración del contenido esencial en el caso de la privación de libertad de los prisioneros), o como derecho fundamental subjetivo<sup>1247</sup> para

sistemática y la intención del constituyente. Pero, "en cualquier caso, no es fácil captar cuál sea el contenido de este contenido esencial específico de cada derecho fundamental". "El objeto de protección lo constituye el contenido esencial específico del derecho fundamental en cuestión, esto es: los elementos identificativos y tipificadores de ese derecho fundamental. De modo similar al ámbito nuclear de las garantías institucionales, esto exige la búsqueda de lo esencial del derecho fundamental y la delimitación frente a sus partes accidentales. De lo que se trata es —entendido en términos espaciales— de un núcleo interno que se encuentra protegido frente a la capa exterior. Este núcleo interno del supuesto fáctico de los derechos fundamentales es objeto de una protección absoluta. Los factores que determinan este núcleo del derecho fundamental no pueden fijarse con carácter general, sino que han de averiguarse separadamente para cada derecho fundamental".

1246 Son las llamadas teorías objetivas, que suelen propugnar los defensores de teorías absolutas. Quizás la más importante es la de Klein, para quien lo que el artículo 19.2 prohíbe es que la vigencia de una disposición de derechos fundamentales sea reducida de tal forma "que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social". Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Band I, cit., nota V 2 a.

1247 Sobre las llamadas teorías subjetivas, véase la exposición de Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo...*, cit., pp. 23 ss. Cabe destacar, entre las subjetivas, la de Dürig, según la cual el titular de un derecho fundamental no debe ser tratado como un objeto a través de una actividad estatal, lo que ocurriría especialmente si se le impide hacer uso de un derecho fundamental a través de requisitos en cuyo cumplimiento no tiene ninguna influencia pese a todos los esfuerzos. Ello se relaciona con la vulneración de la dignidad humana (por ejemplo, el genocidio, la despersonalización mediante la utilización de medios biológicos o técnicos o la aplicación del detector de mentiras para averiguar la verdad en los procedimientos judiciales). Günter Dürig, "Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf einer praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes", AÖR, Band 81, 1956, pp. 127 ss., 135-136. Sobre ello, véase Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 218 ss. Estas teorías absolutas conducen a limitar el contenido esencial prácticamente a la prohibición

cada persona<sup>1248</sup>. No obstante, no hay una correlación necesaria entre las teorías objetivas (que ponen el acento en la norma objetiva) y las absolutas, por un lado, y las subjetivas (que entienden que el contenido esencial se refiere al derecho subjetivo que la norma reconoce y no a esta última) y las relativas, por otro.

A juicio de Bleckmann, en general, hoy ya nadie sostiene ni la identificación sin más del "contenido esencial" con el principio de proporcionalidad de los primeros tiempos del Tribunal Supremo<sup>1249</sup>, pues con ese concepto el artículo 19.2 LF pretende evidentemente describir un ámbito en el que el poder público no puede penetrar jamás<sup>1250</sup>. Pero tampoco sostiene ya casi nadie la interpretación según la cual, después de la restricción del derecho fundamental afectado, debía siempre "quedar algo" todavía, porque es también claro que a los efectos del artículo 19.2 LF no basta con que quede, simplemente, "algo" y, por otro lado, se reconoce que hay casos en que el derecho fundamental desaparece por completo (pena de privación de libertad o expropiación completa)<sup>1251</sup>. Sin embargo, las teorías absolutas y relativas, objetivas y subjetivas siguen siendo, en general, las plataformas de que parte la doctrina actual, en general con una finalidad integradora, en mayor o menor medida.

Así, Pieroth y Schlink señalan que el artículo 19.2 no ofrece ninguna respuesta a esta cuestión, pues en el mandato prohibitivo de que "en ningún caso" se viole el contenido esencial, la expresión entrecomillada puede tanto hacer referencia a los diferentes casos particulares, como a los diferentes derechos fundamentales o también a los diferentes individuos y situaciones<sup>1252</sup>, de manera que ello es algo que habrá que determinar para cada derecho fundamental. Así, cuando el artículo 2.2, frase 3, prevé intervenciones en la vida, resulta que, dado que toda intervención en la vida supone la privación de la misma, el contenido esencial del derecho a la vida no puede consistir en que a ningún individuo se le pueda quitar la vida, sino que en este caso el "contenido esencial" hay que buscarlo en la garantía para la generalidad. La cuestión se plantea, en cambio, de un modo totalmente diferente para el derecho a la integridad física, pues para las intervenciones en este derecho no rige un principio de "todo o nada", sino que puede intervenir en el mismo más o menos, por lo que no hay ninguna razón para buscar el contenido esencial en la garantía para la

---

de las torturas y otras intervenciones obligatorias graves en el físico o la psique de una persona (la esterilización obligatoria, por ejemplo) respecto del artículo 2.2 LF; la prohibición del escrito y de la publicación respecto del artículo 5.3 LF; y la anulación de la utilidad privada de la propiedad o la competencia básica de disposición de su titular. Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 876 y Nils Jansen, "Die Abwägung von...", cit., p. 51.

1248 Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, cit., pp. 241-243.

1249 BVerwGE 1, 92, 93 ss; 1, 269, 270 ss; 6, 134, 141 ss.

1250 BVerwGE 27, 344, 350 ss; 34, 238, 141 ss.

1251 Albert Bleckmann, "Grundrechtsbeschränkungen...", cit., p. 464.

1252 Suele admitirse que la literalidad del precepto no ayuda para decantarse por unas u otras teorías, ni tampoco las, por lo demás poco precisadas, intenciones del constituyente.

generalidad. En caso de duda, habrá que buscar el contenido esencial en la garantía para el individuo y no para la generalidad<sup>1253</sup>.

Como una postura "integradora" puede considerarse la que se ha esforzado en construir Hesse, quien, partiendo de la interpretación de Häberle, sostiene que el contenido esencial de un derecho fundamental comienza allí donde terminan las (diferentes) posibilidades de limitación admisible. En la medida en que toda limitación inadmisibles es ya inconstitucional, el artículo 19.2 tiene, como Häberle destaca y Hesse acepta, sólo una significación declaratoria<sup>1254</sup>, que no puede, sin embargo, ser minusvalorada porque viene a destacar expresamente la prohibición de limitación desproporcionada de los derechos fundamentales y porque, en segundo lugar, regula a nivel de Derecho positivo la necesidad de una interpretación de las reservas de limitación que tome en cuenta esta prohibición. No obstante, Hesse trata de compatibilizar su concepción esencialmente "relativa" del contenido esencial con la concepción "absoluta", pues sostiene que la prohibición de restricciones desproporcionales conlleva "también una protección absoluta del 'núcleo esencial' de los derechos fundamentales". Con esta interpretación pretende salvar los inconvenientes de la concepción "relativa" y de la "absoluta" del contenido esencial: por un lado, una relativización del artículo 19.2 LF a que las teorías relativas extremas podrían llevar; y por otro lado, un abandono de los derechos fundamentales sujetos a reserva de ley a la disposición arbitraria del legislador, pues éste, según las teorías absolutas, sólo no podría afectar el, nada fácil de determinar, "núcleo esencial absoluto" del derecho fundamental<sup>1255</sup>.

También trata Hesse de integrar las concepciones "objetivas" dentro de su concepción predominantemente "subjetiva" del contenido esencial de los derechos fundamentales, pues no son concepciones a entender necesariamente en un sentido disyuntivo ("Entweder-oder": "o ... o"), sino que pueden entenderse cumulativamente ("Sowohl-als-auch": "no sólo, sino también") y ello sobre la base de que siempre debe ser preservada la función de un derecho fundamental "para la vida social en su conjunto" (como pretenden las teorías objetivas: Klein, básicamente), pues "una limitación que suprimiese esta función no podría nunca ser proporcional". Y con relación a la objeción a las teorías subjetivas de que, en ocasiones, a un individuo se le suprime, de una manera constitucionalmente admisible y de un modo absoluto, su derecho fundamental, sostiene Hesse que, si bien una limitación de un derecho fundamental que elimine por completo (o casi) para un individuo concreto una libertad garantizada iusfundamentalmente será *por lo general* desproporcional y, por ello mismo, incompatible con el artículo 19.2 LF, hay también "casos excepcionales", en los cuales no puede quedar para un individuo concreto prácticamente nada de un derecho fundamental, a pesar de lo cual la limitación del derecho fundamental no afecta al contenido

---

1253 Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, cit., p. 70.

1254 Peter Häberle, *Die Wesenthaltenstgarantie...*, cit., p. 234.

1255 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 149.

esencial del mismo porque es una limitación proporcional (por ejemplo, la orden de ingreso de un enfermo mental peligroso en un establecimiento cerrado)<sup>1256</sup>.

Bleckmann, por último, trata también de aglutinar en cierta medida diversas teorías para definir el contenido esencial. Entiende que seguramente el contenido esencial no se perfila por completo por medio del recurso al principio de proporcionalidad y quizás una lesión de dicho principio lo sea también del contenido esencial, aunque se plantea, entonces, la cuestión de si debe acudirse al artículo 19.2 LF cuando la antijuridicidad de la intervención se basa ya en la lesión de la proporcionalidad. Es de importancia saber también si la remisión al artículo 1 LF de la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LF se interpreta como relativa al contenido esencial de los derechos fundamentales, pues si ese contenido esencial se identificase con el principio de proporcionalidad, entonces dicho principio no podría perder su vigencia ni siquiera a través de la reforma constitucional.

Por lo que a la posición del TCFA se refiere, debe señalarse que el mismo, en una temprana decisión, dejó abierta la cuestión de si el contenido esencial debía interpretarse en un sentido objetivo o subjetivo: "Puede dejarse de lado la cuestión de si el artículo 19.2 LF pretende prohibir la completa privación de un núcleo del derecho fundamental en el caso particular o sólo pretende evitar que sea violado el núcleo esencial del derecho fundamental como tal, por ejemplo a través de la supresión práctica de la garantías dadas, con anclaje en la LF, a la comunidad"<sup>1257</sup>, a todos los ciudadanos en general. Pero lo cierto es que, en sus decisiones posteriores, el TCFA ha referido permanentemente esta garantía del contenido esencial a posiciones individuales<sup>1258</sup>. Y en cuanto a la contraposición entre teorías absolutas y relativas, el TCFA ha dictado excepcionalmente sentencias que pueden entenderse como expresión de una concepción absoluta<sup>1259</sup>, pero también otras, la gran mayoría, que sólo

---

1256 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., pp. 149-150. Bleckmann, por su parte, se refiere a dos objeciones que en general se formulan a la interpretación según la cual la garantía del contenido esencial exige que, tras la restricción del derecho, "quede algo" todavía y que son también objeciones a las teorías absolutas: la que se refiere a los casos de pena de privación de libertad que el propio artículo 104 LF autoriza o y la que hace mención de la expropiación completa prevista por el artículo 14.3 LF. Pero estas objeciones pueden ser superadas entendiendo, por un lado, que el derecho fundamental a la propiedad protege el patrimonio del titular del derecho y no cada bien patrimonial, de forma que si, tras la expropiación, le quedan al titular del derecho fundamental otros bienes con que ejercer su derecho, el contenido esencial de éste no resulta lesionado; y por otro lado, entendiendo igualmente que a los presos les resta siempre una cierta libertad de movimientos. La teoría de que el contenido esencial exige que "quede algo" mantiene también su validez, por otro lado, en cuanto se interprete referida a la suma de derechos fundamentales y no a cada uno de ellos en particular.

1257 BVerfGE 2, 266, 285.

1258 BVerfGE 6, 32, 41; 7, 377, 411; 30, 1, 24; 45, 187, 242 y 270 ss.

1259 BVerfGE 6, 32, 41 ("últimos ámbitos intangibles"); 16, 194, 201 ("límite absoluto"); 31, 58, 69 ("límite extremo"); 34, 238, 245 ("núcleo absolutamente protegido"). Para una comparación con la posición del TC portugués, véase el expositivo

pueden explicarse como sustentadas en una teoría relativa<sup>1260</sup>. Puede, así, concluirse que el TCFA sigue más bien una teoría subjetiva-relativa del contenido esencial, aunque ello como tendencia, sin perjuicio de asumir ciertos elementos propios de las teorías objetivas o de utilizar en ciertos casos expresiones ambiguas o simplemente confusas propias de las teorías absolutas, que, sin embargo, *de hecho*, no sigue.

---

trabajo de Torsten Grothmann, *Grundrechtsschranken. Portugal-Deutschland. Ein Rechtsvergleich*, VVF, München, 1996, pp. 146 ss.

1260 BVerfGE 22, 180, 220. El internamiento de un enfermo mental en un establecimiento mental que no responde a finalidades de protección de la comunidad ni del propio afectado, sino simplemente a la mejoría de éste, "dado que el fin de la mejoría de un adulto no puede bastar como razón relevante para privar de la libertad personal", implicaba una afectación de esa libertad en su contenido esencial. Se viene a aplicar aquí el principio de proporcionalidad (en sentido estricto), aunque formalmente el TCFA haga referencia separada luego a su vulneración. Como Alexy comenta, si el Tribunal hubiese sostenido una teoría absoluta, tendría que haber partido de algunas posiciones existentes. "Como una posición tal podría considerarse el derecho a no ser internado permanentemente o por largo tiempo. Pero no parte de una posición tal. Más bien, hace depender la posición abarcada por la garantía del contenido esencial de las respectivas razones en contra de una protección. Y ésta es justamente la concepción de la teoría relativa". Robert Alexy, *Teoría de los ...*, cit., p. 290. Otro caso sería el de BVerfGE 27, 344, 352, donde el Tribunal, tras considerar la remisión de expedientes de divorcio como intervención en el derecho a la personalidad del cónyuge, señala: "Sin la autorización de la cónyuge es sólo admisible si está justificado de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Si tal no es el caso, entonces esta medida viola el artículo 2 párrafo 1 en relación con el artículo 1 párrafo 1 y artículo 19 párrafo 2 LF". Cito ambas sentencias por el texto traducido en Robert Alexy, *Teoría...*, cit., pp. 289-290. Cfr. también el caso del diario íntimo, ya mencionado, BVerfGE 80, 367, 375.



## **CAPÍTULO QUINTO**

# **LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

### **INTRODUCCIÓN**

En el presente capítulo vamos a estudiar, por fin, la cuestión que viene ocupándonos en esta investigación con el enfoque centrado ya en el Derecho constitucional español: los límites a los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional. Para ello, habremos de determinar, en primer término, cuáles son los derechos fundamentales en nuestro Derecho positivo o, al menos, cuáles son los que aquí consideraremos como tales, por entender que respecto de ellos rige un sistema unitario o básicamente homogéneo en cuanto a su limitación. Una vez hecho esto, se estudiará cuál es el método formal y los criterios estructurales utilizados en nuestra jurisprudencia constitucional para controlar cualquier limitación a un derecho fundamental a fin de determinar su constitucionalidad o no, lo cual plantea una serie de cuestiones de gran importancia como serían, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: la comprensión amplia o estrecha del tipo o ámbito normativo de los derechos fundamentales; la legitimidad o ilegitimidad constitucional de los límites inmanentes (en sentido estricto); la concepción amplia o estrecha del concepto de intervención y sus elementos característicos; el alcance de la reserva de ley; la posibilidad de colaboración internormativa del reglamento con la ley; la posibilidad de que leyes autonómicas limiten los derechos fundamentales; el alcance y estructura del principio de proporcionalidad, así como el método de aplicación del mismo; los conflictos entre derechos fundamentales; las peculiaridades derivadas de las llamadas relaciones de especial sujeción; la llamada "conurrencia" de derechos fundamentales desde la perspectiva de su limitación; el concepto de "contenido esencial" y las concepciones absolutas y relativas, subjetivas y objetivas, en torno a dicha categoría; la llamada "reserva de jurisdicción" respecto de la limitación de los derechos fundamentales y su alcance, etc.

Todas estas cuestiones, y algunas más, serán tratadas en las siguientes páginas con cierto detalle y un cierto enfoque crítico, enfoque crítico que, en buena medida, vendrá inspirado por el estudio que hemos llevado a cabo en los capítulos precedentes de esta investigación. Ello resulta obligado en cuanto al Derecho Comparado si se atiende al dato de

que el mismo tiene una considerable importancia como criterio hermenéutico de las propias normas, sobre todo cuando, como ocurre en esta materia respecto del Derecho Constitucional alemán, el Derecho extranjero utilizado, aparte de ser uno de los más desarrollados en el mundo, ha sido en gran medida el patrón que los constituyentes y, quizás sobre todo, el TC español tuvieron o han tenido presente en sus respectivas tareas de elaboración de la Constitución los unos y de interpretación y aplicación dinámica de la misma el otro. Y, por descontado, no menos inexorable resulta tener en cuenta el CEDH y su interpretación por el TEDH, así como la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo respecto del Derecho Comunitario, pues en estos casos se trata de Derecho positivo en términos estrictos, y no, por cierto, Derecho positivo ajeno, sino propio. Es innecesario también, en fin, destacar la importancia que tiene la dimensión histórica para comprender el sentido de todas las garantías formales y materiales que caracterizan a todo Estado de Derecho en cuanto a la admisibilidad y aplicación de límites a los derechos fundamentales, así como los principios básicos que vertebran esta materia.

Antes de referirnos a todas éstas y otras cuestiones, es preciso recordar que, como hemos visto en el capítulo primero de esta investigación, la doctrina constitucional según la cual no existen derechos fundamentales absolutos<sup>1261</sup>, ni tampoco límites absolutos a los mismos y tanto los derechos fundamentales como sus límites constitucionales son, en un régimen de concurrencia normativa y no de exclusión, "fundamento del orden político y la paz social", lo que no empece para reconocer una posición apriorística superior a los derechos fundamentales respecto de sus limitaciones, que por ello han de interpretarse restrictivamente. Por utilizar las propias palabras del TC, puede decirse:

"Es cierto, como señalan las sentencias impugnadas, que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como 'fundamento del orden político y de la paz social'. Así este Tribunal pudo declarar en su STC 25/1981 de 14 julio, que los derechos

---

<sup>1261</sup> Sin embargo, como en la parte general ya se señaló, recientemente sostiene el TC que el derecho a la vida y a la integridad "tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura" y "prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados": STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2º. En otras sentencias de TC, como allí también señalamos, se sostiene que el derecho a no ser sometido a torturas es un derecho absoluto. Sobre todo ello, nos remitimos a lo dicho en el capítulo introductorio.



fundamentales resultan ser 'elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional', reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales [ ] Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos"<sup>1262</sup>.

Todo ello significa, como luego veremos con más detenimiento, que en nuestro sistema jurídico, como en cualquier otro Estado material de Derecho, la regla es la libertad, y sus limitaciones son la excepción, lo cual, sin embargo, no conlleva que éstas tengan una importancia secundaria. Por el contrario, y precisamente porque los límites de los derechos fundamentales garantizan el ejercicio más o menos armónico de la libertad por todos los ciudadanos así como el interés común, no sólo los derechos, sino también sus limitaciones son, según consagra a nivel positivo el art. 10.1 CE, "fundamento del orden político y la paz social". Ahora bien, dado el valor central que a la libertad corresponde en todo el sistema y su prioridad, preferencia y fuerza expansiva (arts. 1 . 1 y 10. 1 CE) respecto de sus posibles limitaciones, es preciso someter a éstas a un estricto escrutinio o fiscalización, tarea para la cual nuestra Constitución prevé diversos instrumentos que han sido desarrollados por la jurisprudencia ordinaria y, sobre todo, la constitucional y que la doctrina ha estudiado con cierto detalle respecto de cada concreto derecho fundamental.

Peró falta en la jurisprudencia y la doctrina un desarrollo general del tema, lo cual, si es explicable en el primer caso, no lo es respecto de la doctrina, pues parece razonable exigir que, transcurridas más de dos décadas de vigencia de la Constitución de 1978 y con una copiosa jurisprudencia constitucional y ordinaria, exista ya una cierta doctrina general sobre los límites a los derechos fundamentales. Y si bien no faltan aproximaciones al tema, o estudios sobre el mismo, es palmario que el tratamiento es hoy todavía insuficiente. En esta línea, no deja de ser significativo que la mayor parte de las cuestiones, básicas por lo demás, que aquí se analizarán no hayan sido tratadas, o apenas lo han sido, entre nosotros. Esperamos que este trabajo sirva para despejar algo el sendero a las sucesivas investigaciones que, necesariamente, han de desarrollarse sobre esta cuestión central de la teoría de nuestro Derecho Constitucional y, en concreto, de la parte general de nuestra dogmática de los derechos fundamentales.

---

<sup>1262</sup> STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6º; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3º; 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4º.

## I.- ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL? DELIMITACIÓN A LOS EFECTOS DE ESTE TRABAJO

Partiendo de la posibilidad de una construcción teórica o dogmática de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional<sup>1263</sup>, el primer problema que se plantea es el de delimitar el objeto de estudio y concretar cuáles son exactamente, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales, tarea que parece dificultada por la utilización de una variada terminología por nuestro texto constitucional, que habla de "derechos fundamentales", "libertades públicas", "derechos constitucionales", "derechos de los ciudadanos", entre otras variantes, siendo la primera de las expresiones la utilizada de manera preponderante tanto en la doctrina como en la práctica forense desde la promulgación de la Constitución, con referencia a los llamados "derechos humanos" en cuanto consagrados a nivel positivo interno.

---

1263 Esta posibilidad es negada, sin embargo, por Manuel Jiménez Redondo, "¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a los derechos fundamentales?", *Doxa*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 107 ss. Y ello porque cualquier teoría de los derechos fundamentales ha de adoptar la forma de una ponderación de principios (*Abwägung der Prinzipien*), y tal ponderación "no es una cuestión teórica, sino política. Y si ello es así, nos vemos en la siguiente alternativa: o bien tal *Abwägung* se hace conforme a unos criterios de ponderación o sistema de valores arbitrarios (también jurídicamente, en el sentido de no definidos en la propia Constitución), o son objeto de validación pública, y ello sólo puede tener lugar en espacios de discusión pública de los que quepa afirmar cumplen, al menos mínimamente, los supuestos normativos de la tradición democrática. Si esto último no es posible, sólo queda la primera alternativa: la de un sistema de valores arbitrario" (p. 135). En realidad, desde nuestro punto de vista, sí que es posible construir una teoría unitaria y consistente de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional o en otros, pero lo que no puede exigirse a esa teoría, a esa dogmática es que sea cuasi-perfecta ni, por consiguiente, que haga absolutamente previsibles todas las soluciones a un caso concreto; más bien, hay que partir de que toda dogmática es perfectible y refutable, mutable en el tiempo, y sujeta a la evolución progresiva característica del Derecho. En este sentido, quizás sea preferible el término "teoría" al de "dogmática", demasiado grandilocuente y hasta contradictorio, por cuanto que una teoría de los derechos fundamentales no pretende ser un dogma de fe ni nada semejante, sino más bien sólo un intento de aproximación a un ideal, como instrumento de conocimiento del Derecho y al servicio de la mejor aplicación de este. Si se parte de una concepción como ésta de una teoría de los derechos fundamentales, sin duda menos ambiciosa pero también más realista y pragmática, sí que es posible construir, o colaborar a construir, una teoría de los derechos fundamentales que resulte válida, practicable y operativa. Este trabajo no es sino un intento de contribuir modestamente a poner los cimientos al capítulo de esa teoría relativo a los límites de los derechos fundamentales. Y como es tradición en Derecho, todo el trabajo, como inevitablemente toda construcción teórica jurídica, se somete íntegramente y en todo momento "a criterio mejor fundado en Derecho". En este sentido relativo, que alguno quizás juzgue pobre, pero operativo, sí que es perfectamente posible, desde nuestra perspectiva, construir una teoría consistente y unitaria de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional.

El tema ha sido estudiado monográficamente sobre todo por Cruz Villalón, con un enfoque que suscribimos enteramente. Señala Cruz Villalón que, en un sentido formal, un derecho fundamental es un derecho subjetivo garantizado en una Constitución normativa; en un sentido material, se hace preciso incorporar un elemento adicional, cual es la íntima vinculación de estos derechos a su reconocimiento universal e históricamente constante desde la aparición de las Constituciones, haciendo su presencia imprescindible en cualquier Constitución legítima. La proyección de este punto de partida sobre cada Constitución suscita algunas dificultades de concreción. En el concreto ordenamiento español, sigue diciendo Cruz Villalón, "la compleja estructura del Título Primero de la Constitución ('De los derechos y deberes fundamentales'), ha llevado a plantearse la cuestión relativa a cuáles de entre los numerosos derechos allí contenidos deben ser calificados como fundamentales. El TC viene prefiriendo una comprensión restringida, en virtud de la cual el término sólo correspondería a los derechos comprendidos en la Sección Primera del Capítulo II de dicho Título ('De los derechos fundamentales y de las libertades públicas', arts. 15 a 29 incluido el preliminar art. 14, dedicado al principio de igualdad). La comprensión parte de una práctica equiparación de 'derechos fundamentales' y de 'libertades públicas', condicionada, por lo demás, por el ámbito de la reserva de ley orgánica contenida en el art. 81.1 CE. Ello lleva, ante todo, a evitar la calificación como derecho fundamental de los derechos comprendidos en la Sección Segunda de dicho Capítulo, el más cualificado de los cuales sería el derecho de propiedad, a los que prefiere designar como "derechos constitucionales". Del mismo modo quedarían excluidos los diversos derechos sociales incorporados a través de los llamados 'principios rectores de la política social y económica' del Capítulo III del citado Título"<sup>1264</sup>.

Y entiende Cruz Villalón que "esta opción restringida es globalmente correcta en la medida en que no incorpora a los derechos sociales, los cuales, con arreglo a nuestro ordenamiento, carecen de una tutela judicial constitucionalmente garantizada (art. 53.3 CE), cualquiera que sea la legitimidad de los mismos y del valor normativo de los preceptos en los que se incorporan. La ausencia de tutela judicial, determinada por lo demás por la propia estructura de dichos principios o derechos, los alejan, hoy por hoy, de su comprensión como derechos subjetivos, tanto más como derechos fundamentales"<sup>1265</sup>. Pero, en cambio, "menos correcta parece la restricción del concepto derecho fundamental a los de la sola Sección Primera del Capítulo II, con exclusión de los comprendidos en la Sección Segunda. Es, ciertamente, superior la importancia cuantitativa de la Sección Primera, como también son muy superiores, cuantitativamente, las garantías adicionales de las que la Constitución ha rodeado a dicha Sección Primera (procedimiento de reforma particularmente rígido, recurso de amparo ante el TC; aparte de la ya mencionada reserva de ley orgánica). No obstante, ni por su contenido intrínseco, ni por su capacidad

<sup>1264</sup> Pedro Cruz Villalón, "Contenido, y posición...", cit., pp. 223-224.

<sup>1265</sup> Pedro Cruz Villalón, "Contenido, y posición...", cit., p. 224.

de concreción, ni por sus garantías constitucionales, cabe hablar de diferencias cualitativas entre los distintos derechos del Capítulo II"<sup>1266</sup>. "En resumen, la marca de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento debe verse en el apartado primero del artículo 53 CE, en el que, con referencia a todos los derechos del capítulo II, se proclama la vinculación de los poderes públicos, la salvaguarda de su contenido esencial y su tutela frente al legislador a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes"<sup>1267</sup>. Otro ex-presidente del TC, Tomás y Valiente, en cambio, consideraba que el concepto de derechos fundamentales debía aplicarse exclusivamente a los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 CE y, en parte, a la objeción de conciencia<sup>1268</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la restricción del concepto de derechos fundamentales a los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 (y 30, en parte) no resulta de recibo por ser excesivamente formalista y condicionado decisivamente por la interpretación del ámbito de la Ley Orgánica, llevando a excluir de la consideración de derechos fundamentales de ciertos derechos constitucionales, ubicados en la Sección segunda del Capítulo Segundo del Título Primero CE, algo que desde un punto de vista material resulta injustificado (piénsese en el derecho de propiedad, el derecho al matrimonio o la libertad profesional), en cuanto que si los mismos no se reconociesen no sólo se dejarían de tutelar intereses subjetivos básicos para el libre desarrollo de la personalidad e inherentes a la dignidad humana, sino que además se produciría una verdadera mutación de nuestro sistema constitucional. Por otro lado, una restricción tal del concepto de derechos fundamentales no se correspondería con los catálogos de los países de nuestro entorno ni, lo que es ya mucho más importante y un verdadero criterio hermenéutico constitucional *ex artículo* 10.2 CE, con el concepto de fundamentalidad de los derechos vigente en el ámbito del CEDH, así como en el ámbito comunitario, donde resultaría sencillamente inimaginable el no reconocimiento como derecho fundamental del derecho de propiedad. También en materia de derechos fundamentales se exige una convergencia y ello es un argumento más en favor de un entendimiento

---

1266 Pedro Cruz Villalón, "Contenido, y posición...", cit., p. 224.

1267 Pedro Cruz Villalón, "Contenido, y posición...", cit., pp. 224-225; también en su artículo "Formación y evolución...", cit., p. 41.

1268 "[...] no todos los derechos reconocidos en el Título I tienen el mismo nivel de protección, por lo que, aunque en sentido amplio, si nos fijáramos en el epígrafe del Título, todos los derechos allí regulados serían fundamentales, parece claro, y así lo ha defendido la doctrina de los juristas y el propio TC, que el término derechos fundamentales hay que entenderlo en sentido estricto como referido a aquellos derechos reconocidos en el Título I que gozan de mayor grado de protección, que son los reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, más en algunos aspectos la objeción de conciencia". Y resulta "claro que la expresión 'derechos fundamentales' no es equivalente a 'derechos humanos'. Este último es un concepto ético-filosófico, aquél, de contenido menor, es un concepto jurídico-constitucional". Francisco Tomás y Valiente, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de derechos fundamentales", en Andrea Romano (coord.), *Enunciazione...*, cit., pp. 123-124.

amplio del concepto de derechos fundamentales.

De este modo, resulta que, si desde un punto de vista formal es ya discutible reducir el concepto de "derechos fundamentales" a los de los artículos 14 a 29, ello ha de descartarse ya sin duda desde una perspectiva material, de la que no puede en absoluto prescindirse en este campo, sin perjuicio de que, con respecto a la Ley Orgánica, sí se pueda sostener un criterio estrictamente formal que limite la operatividad de la expresión "desarrollo de los derechos fundamentales" a los derechos de la Sección Primera y sin perjuicio también, por supuesto, de que el recurso de amparo constitucional no tenga que extenderse a tales derechos, pues no podemos compartir la idea expresada por nuestro TC de que un derecho sea "fundamental precisamente por su protección jurisdiccional más intensa"<sup>1269</sup>.

Desde este punto de vista material, lleva razón Solozábal cuando sostiene que los criterios de la fundamentalidad de los derechos fundamentales "necesariamente han de ser materiales o sustantivos — establecedores de la relación de los ámbitos vitales o relaciones sociales correspondientes [...] con la dignidad del hombre y las exigencias de su desarrollo como persona en una comunidad política construida a su medida y con su participación— y nunca meramente formales o procesales". Naturalmente que este criterio material no ha de entenderse como independiente o autónomo respecto de un determinado orden positivo o sistema constitucional. Pero no parece que sea esa la pretensión del citado autor, quien habla del criterio de la fundamentalidad "de los derechos *constitucionales*". Y añade Solozábal: "los derechos constitucionales no deben su fundamentalidad al nivel de su eficacia o a su protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos fundamentales no son la causa de su valía, sino sólo el exponente de la misma. Así, los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección. De modo que, para nosotros, no hay sino una fuente, o un criterio, necesariamente material, de la fundamentalidad de los derechos constitucionales, a saber: el de su relación determinada ideológicamente, o teóricamente, o históricamente, o mediante referencias de este triple orden, con la dignidad y la libertad de la persona humana. Los derechos fundamentales, como ha quedado dicho, se refieren a relaciones, o ámbitos vitales, imprescindibles en el estado histórico y cultural en que nos movemos, para asegurar el desarrollo en libertad de la persona"<sup>1270</sup>.

Conforme a lo anterior, y combinando los elementos formales y materiales que nos proporciona nuestro ordenamiento jurídico y a la vista de los textos internacionales en materia de derechos humanos, identificamos los derechos fundamentales con los derechos constitucionales garantizados en los artículos 14 a 38 CE<sup>1271</sup> y toda la

1269 STC 2/1994, de 17 de enero, FJ 1º.

1270 Juan José Solozábal Echevarría, "La libertad de expresión...", cit., p. 77.

1271 Ello no supone ignorar diferencias de importancia entre los derechos de la Sección 1ª y los de la Sección 2ª del Capítulo Segundo del Título Primero de la

teoría que aquí trataremos de construir y exponer se refiere, o es aplicable, a tales derechos, si bien hay también aquí que referirse a la posibilidad de que existan ciertos derechos que puedan calificarse constitucionalmente de fundamentales, pero no se hallen previstos por nuestro texto constitucional. Se trata de una posibilidad que el TC no ha negado<sup>1272</sup>. Y si el rechazo de esta posibilidad ha podido quizás tener un sentido durante un primer período de vigencia constitucional, lo cierto es que se basa en una interpretación que ni nos parece correcta ni posiblemente pueda mantenerse por largo tiempo.

Ciertamente, no existe en nuestro texto constitucional una cláusula explícita de apertura del catálogo de derechos fundamentales, tal y como existía en nuestra Constitución de 1869 o existe actualmente en Estados Unidos y en casi todos los países latinoamericanos<sup>1273</sup>, pero sí existe una cláusula implícita en el artículo 10.1 CE, que dice: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los

Constitución, pues, como señalan García de Enterría y Fernández, los derechos de la Sección 2ª "no tienen un carácter homogéneo y, en general, no tienen sustantividad para ser protegidos por sí mismos, a partir de su simple enunciado constitucional, sino en las leyes, en que cobran cuerpo y desarrollo (con respeto de su 'contenido esencial'); por ejemplo, el derecho de propiedad y de herencia o el de matrimonio o de divorcio, o el de fundación, desarrollados todos ellos en una compleja casuística legal donde deberá apoyarse su ejercicio concreto (aunque sobre el principio constitucional base, que domina la interpretación de ese desarrollo legal) y, por tanto, su protección. No se benefician de la tutela jurisdiccional extraordinaria del amparo, y deberán buscarla en las vías judiciales ordinarias". Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, tomo II, p. 62.

1272 En la STC 184/1990, de 15 de noviembre, no obstante, se sostiene que "es evidente que el artículo 10.1 de la CE no puede servir en modo alguno de fundamento, por sí sólo y aisladamente considerado, del derecho a percibir pensión de viudedad en favor de uno de los que convivían extramatrimonialmente cuando el otro fallece" (FJ 2º).

1273 La IX enmienda de la Constitución americana establece que "la enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el pueblo". Existe una disposición de apertura en materia de derechos fundamentales, en la actualidad, en las Constituciones de Argentina y Uruguay, así como en las de Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela, con particularidades en cada caso. No contienen una norma de esta naturaleza, en cambio, las Constituciones de Cuba, Nicaragua, México, Haití, Panamá y Chile. Una cláusula de apertura se contiene también en el artículo 29.c) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre respecto de "otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno", y si bien la Corte Interamericana no ha hecho uso hasta ahora de esta norma de apertura, su existencia parece tener un papel homogeneizador en todos los Estados parte en la Declaración, en los que, por su virtud, rige ahora una cláusula de apertura, característica de las constituciones americanas. Sobre ello, véase el trabajo de Héctor Gross Espiell en la *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XIV, núms. 79-84, junio 1997-mayo 1998, Montevideo, pp. 95 ss.

demás son fundamento del orden político y la paz social".

Y es que si los derechos son fundamentales (*Grund-rechte*) es porque ellos "fundan" nuestra convivencia constitucional democrática, nuestro "orden político" y "nuestra paz social". Y los derechos que así operan son "los derechos inviolables" inherentes a la dignidad de la persona, lo cual no sólo significa que en nuestro sistema constitucional son fundamentales tanto los derechos de los artículos 14 a 29 (o 30, en su caso) como los de la Sección segunda (artículos 30 a 38 CE), sino que también implica que puede haber otros derechos no reconocidos explícitamente en el texto constitucional que emanen directamente de la dignidad humana y que podrán, por ello, ser reconocidos como fundamentales *ex artículo* 10.2 CE. Y es que si la Constitución promulgada en el año 1978 lograba tener la dilatada vigencia en el tiempo a que aspiraba, era claro que podían surgir nuevas necesidades básicas del hombre que debieran ser tuteladas por el ordenamiento y que la Constitución de 1978 no podía prever explícitamente en aquel momento de su promulgación. Así se explica que el Constituyente no se limitase a concretar cuáles eran los derechos fundamentales que la Constitución reconocía, sino que fijó en su texto cuál era su fuente (la dignidad humana), cuál era su rasgo característico (derechos inviolables inherentes a aquella dignidad) y cuál era su finalidad última genérica (permitir el libre desarrollo de la personalidad), fijando asimismo al mismo tiempo el criterio normativo objetivo negativamente delimitador de la apertura del concepto material de derecho fundamental: la DUDH y los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España.

De este modo, a nuestro modo de ver, nuestra Constitución permite reconocer como derechos fundamentales aquellas nuevas necesidades básicas del ser humano inherentes a su dignidad como tal y cuyo respeto y tutela jurídica venga exigida por tal dignidad y que sean asimismo cauce para permitir el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando las mismas vengán reconocidas como derechos humanos en la normativa internacional sobre éstos. Es posible que no exista en la actualidad ningún derecho que merezca ser reconocido como derecho fundamental por esta última vía, pero no puede en modo alguno descartarse, sino que más bien hay que prever que, a lo largo del siglo que ahora empieza, surgirán nuevos intereses fundamentales del hombre, directamente ligados a su dignidad, que no puedan ser encajados en ninguno de los derechos explícitamente reconocidos por nuestra Constitución.

La tesis de fondo aquí defendida no tiene nada de novedosa. Es la tesis reconocida por el TCFA y por la doctrina alemana en un contexto normativo bien próximo al nuestro en términos sustanciales; y lo mismo sucede en Italia<sup>1274</sup> y es, también incluso, la tesis sostenida contra viento y

---

1274 La doctrina mayoritaria considera que el art. 2 de la Constitución, al garantizar los "derechos inviolables" del hombre (formula idéntica a la de nuestro art. 10.1) contiene una cláusula abierta a otras libertades y valores que puedan emerger de la conciencia social y aunque la Corte pareció atribuir a ese precepto un carácter

marea por la doctrina civilista española que se ha ocupado de los llamados derechos de la personalidad, al margen, por cierto, de la doctrina contraria del TC; y es, en fin, una interpretación que no sólo permite la adaptación del texto constitucional a nuevas necesidades, sino también al contexto normativo de los países de nuestro entorno (Unión Europea y sus Estados miembros, ante todo). Se comprende, por ello, que también en la doctrina constitucional se encuentren voces que, recientemente, aboguen por una apertura material de nuestro sistema de derechos fundamentales. Así, un actual magistrado del TC, Jiménez de Parga, destaca que es "conveniente y oportuno" "mantener abiertas las Constituciones para la recepción de cualquier derecho fundamental que merezca ser protegido en ellas", pues "los ciudadanos del siglo XXI reclamarán, sin duda, otros derechos que nosotros apenas atisbamos en el horizonte democrático [ ] El caminar de la humanidad va por esta dirección. Derechos extraconstitucionales ganan, poco a poco, estatuto constitucional"<sup>1275</sup>. Este autor, sin embargo, no menciona siquiera el artículo 10.1 CE ni se pronuncia sobre la admisibilidad constitucional de esa posibilidad que considera, en cualquier caso, "conveniente y oportuna". A nuestro juicio, es además constitucionalmente admisible y conviene ir abriendo el portillo a derechos fundamentales o constitucionales implícitos exigidos por la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, en los términos ya señalados.

## **II.- ÁMBITO NORMATIVO O "TIPO" IUSFUNDAMENTAL Y SUS PRETENDIDOS LÍMITES INMANENTES, INTRÍNSECOS O INTERNOS**

### **1.- Función del tipo o ámbito normativo en el examen escalonado de los límites a los derechos fundamentales**

No se trata aquí de reiterar cuanto se ha dicho ya, en la parte más general de esta investigación sobre esta categoría dogmática, consideraciones a las que nos remitimos explícitamente. Baste con recordar que el ámbito normativo del derecho fundamental de que en cada caso se trate equivale a lo que en la Dogmática penalista se conoce como "tipo", si bien referido aquí a una conducta o supuesto de hecho cuya realización no sólo no se reprocha ni castiga (robo, malversación de

---

meramente introductorio de los derechos garantizados por la Constitución de manera expresa, en su jurisprudencia ulterior se decanta más bien por la concepción del art. 2 como cláusula abierta. Cfr. el comentario al art. 2 en AAVV, *Comentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 10 ss.

1275 Manuel Jiménez de Parga, "Prólogo" a José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 14 ss. Véase, también, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "El derecho a la intimidad", cit., pp. 25 ss., quien señala que los derechos a la personalidad, al fundarse en la esencia humana, "están en constante movimiento para hacer frente a las cambiantes circunstancias sociales" y a las nuevas necesidades que generan permanentemente. Por eso, "florece el número de derechos de la personalidad, de los que no existe un catálogo cerrado".



fondos, etc), sino que se protege jurídicamente al máximo nivel, considerando que la realización de tal conducta constituye un derecho fundamental (conciencia, expresión, vida, etc).

Naturalmente que hay también una diferencia estructural profunda entre los tipos penales y los tipos iusfundamentales, porque mientras los primeros han de entenderse restrictivamente, en el caso de los segundos el criterio hermenéutico es exactamente el inverso. Es más, si los tipos penales han de interpretarse restrictivamente es justamente porque, al ser limitativos de la libertad de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales, la eficacia expansiva de estos así lo exige. Es, en suma, el mismo principio *favor libertatis* que lleva a una interpretación amplia de los tipos iusfundamentales el que conduce, por el contrario, a una interpretación estricta de los tipos penales. Y existe también otra diferencia estructural profunda entre los tipos penales y los iusfundamentales y es que los primeros marcan taxativamente una conducta que no puede realizarse y que, en caso de que se realice, será sancionada con la pena que la ley penal señala. En el caso de los tipos iusfundamentales, en cambio, no se señala de un modo taxativo una conducta que, siempre que se realice, pueda entenderse amparada por el derecho fundamental, pues los derechos fundamentales son, antes que nada, "mandatos de optimización", por utilizar la caracterizada fórmula de Alexy, que los concibe por ello como principios, pues señalan una conducta abierta que se concibe como derecho fundamental, pero cuyo ejercicio hay que cohonestar luego con los derechos fundamentales de los demás y con otros bienes constitucionales.

*Prima facie*, podría decirse que los tipos iusfundamentales son la cara y los tipos penales la cruz del Estado de Derecho. Sin embargo, no es todo tan simple, pues los tipos penales no sólo protegen con frecuencia derechos fundamentales, sino que también son, considerados en su conjunto, garantía de la convivencia social y política que tales derechos exigen y presuponen. Tanto los tipos iusfundamentales como los penales son indispensables en un Estado de Derecho: unos para marcar las conductas cuya realización se protege al máximo nivel normativo y otros para señalar las conductas cuya realización se castiga con la reacción cualitativamente más severa que conoce el ordenamiento, que es la penal. Pero mientras unos, los tipos iusfundamentales, tienen una dimensión básicamente positiva y expansiva respecto del *agere licere* humano, los tipos penales tienen una dimensión (de delimitación) negativa respecto de tal libertad de actuar, y en este sentido son precisamente la "cruz" del Estado de Derecho, aunque con ello no quiere decirse que sean negativos como tales sino que, siendo como son indispensables en un Estado de Derecho, han de ser la excepción y han de ser también interpretados restrictivamente, justamente todo lo contrario que los primeros. Los tipos iusfundamentales marcan, pues, las conductas más enérgicamente protegidas por el ordenamiento y respecto de las que éste formula el juicio de valor más positivo, mientras que los tipos penales señalan las conductas más enérgicamente reprobadas por el ordenamiento y respecto

de las que éste realiza el juicio de (dis)valor más negativo. Pero más allá de esa profunda contraposición material e incluso de sus diferencias también estructurales, es lo cierto que los tipos penales y los iusfundamentales presentan una clara proximidad estructural por contraposición, aparte de indudables conexiones materiales.

Pues bien, para saber si en un determinado caso una conducta está amparada por un derecho fundamental, hay que proceder por pasos escalonados y, en primer lugar, determinar si la conducta encaja o no dentro de la definición que la Constitución ofrece del derecho fundamental o bien, incluso, de varios de ellos. Habrá, según ello, que determinar si una conducta determinada encaja dentro del concepto constitucional de "conciencia", "expresión", "información", "reunión", "asociación". Resulta evidente que las definiciones que la Constitución da de los derechos fundamentales, al "tipificarlos", no son especialmente precisas, sino que se trata en todos los casos de conceptos jurídicos altamente indeterminados. Puede afirmarse que, si en Derecho Penal los llamados "tipos penales abiertos" son una rigurosa excepción (precisamente, una vez más, por exigirlo así los derechos fundamentales), en materia de derechos fundamentales, en cambio, la regla es justamente la contraria: los tipos iusfundamentales son siempre tipos abiertos en su configuración en la Constitución y, en buena medida, siguen siéndolo también en su configuración legal, concretizadora de la constitucional.

Este carácter abierto resulta tanto más acentuado en cuanto que una conducta que encaje, en principio, en un tipo iusfundamental no tiene por qué estar, finalmente, efectivamente protegido por el derecho fundamental pues puede haber otros derechos fundamentales o bienes constitucionales que lo limiten. Pero esto último es algo que sólo en un momento ulterior al que aquí estamos considerando habrá que considerar. Porque antes de averiguar si otros bienes limitan la conducta inicialmente protegida por el derecho fundamental, y de ser así en qué condiciones o términos, hay que saber si la conducta en efecto encaja en la definición constitucional del derecho fundamental, en el tipo o ámbito normativo del derecho fundamental.

Pues bien, dado el elevado grado de indeterminación característico de los conceptos que sirven para dotar de contenido a los derechos fundamentales, es obvio que la tarea, a partir de la mínima regulación constitucional, no resultaba fácil y que era mucho el margen que se dejaba al legislador para concretar en la realidad política, social y económica de cada momento histórico esos derechos fundamentales en función de sus legítimas orientaciones y los diversos peligros que acechaban a aquellos derechos, pero también, aun tras la oportuna concreción legislativa, era considerable el campo de juego que se dejaba a los órganos encargados de la aplicación de la Constitución, en particular a los jueces y tribunales, pero también, y muy especialmente, al TC. A lo largo de dos décadas, nuestro TC ha ido sentando una doctrina sobre los derechos fundamentales que ha contribuido, no a construir una teoría general de los derechos fundamentales, que no era misión de un TC, sino

a definir con unos perfiles más o menos definidos un concepto de todos y cada uno de los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra, al hilo siempre de la resolución de casos particulares para amparar a los titulares de derechos fundamentales en su ejercicio constitucionalmente legítimo, tarea de elaboración jurisprudencial a la que subyacen ciertos elementos comunes generales que permiten construir, sin perjuicio del correspondiente enfoque crítico, una cierta teoría general de los derechos fundamentales, al menos en sus aspectos básicos. Y así ocurre también respecto del tipo iusfundamental o ámbito normativo de los derechos fundamentales.

Pero no se trata aquí, como puede comprenderse fácilmente, de hacernos eco de la doctrina del TC en la definición, en la precisión de la por sí altamente indeterminada definición constitucional de cada derecho fundamental. Qué se entiende por "conciencia" o por "expresión" o por "domicilio", por ejemplo, es algo que corresponde a la parte especial de una dogmática o teoría de los derechos fundamentales y no a una investigación como la presente que se enmarca dentro de la parte general de una teoría de los derechos fundamentales. La definición exacta del concepto de "domicilio" corresponderá a los estudios monográficos sobre la inviolabilidad de domicilio como derecho fundamental y la del concepto de "expresión" a los que tengan por objeto la libertad de expresión y así sucesivamente<sup>1276</sup>.

---

1276 Por poner un ejemplo, respecto del derecho a la intimidad, muy sintéticamente, y dejando múltiples matices en el tintero, podría sintetizarse la doctrina del TC respecto del ámbito normativo o inicialmente protegido como sigue: El TC interpreta que el derecho a la intimidad, derivado sin duda de la dignidad de la persona, pero del que podrían en hipótesis ser titulares también las personas jurídicas (ATC 257/1985, de 17 de abril), es un derecho personalísimo y ligado a la misma existencia del individuo, que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3º). Este derecho se extiende a la vida sexual (STC 89/1987, FJ 2º y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2º), así como la intimidad corporal, si bien "el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una Entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal" (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7º). Y "en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen". Sin duda, dice el TC, "será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar de que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal intrascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio, y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegible" (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 10º y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2º). Y por lo que se refiere a los hechos relativos a

Lo más importante, y que conviene aquí resaltar, es que si consideramos que una determinada conducta no encuentra encaje inicial en un tipo iusfundamental, en la definición que la Constitución ofrece del derecho fundamental, no nos encontramos ante un problema con relevancia iusfundamental: no se trata, en suma, de un problema de derechos fundamentales; podrá ser un problema jurídico (civil, penal, laboral, administrativo, financiero, etc. o, con toda frecuencia, mixto), pero sin implicaciones en el campo de los derechos fundamentales. Ello tiene una consecuencia fundamental y es la de que no habrá que proseguir con el examen escalonado de ese derecho. Si la conducta de autos no encaja en el ámbito normativo de un derecho fundamental, no hay que analizar si se ha intervenido en tal ámbito normativo, ni si esa intervención, caso de que exista, se ha realizado con cobertura legal (reserva de ley), respeta el principio de proporcionalidad, el contenido esencial, etc. Habrá que detener el examen y desestimar cualesquiera pretensiones de amparo en el ejercicio de un derecho fundamental, pues no hay tal ejercicio, sin perjuicio, naturalmente, de que pueda lograrse amparo jurídico para esa conducta en virtud de títulos diversos a los derechos fundamentales. En otras ocasiones, el hecho de que a un supuesto de hecho no le sea aplicable un determinado derecho fundamental, por no encontrar encaje dentro de su ámbito normativo, no conlleva que no haya un problema iusfundamental porque el supuesto de hecho pueda enmarcarse, sin embargo, en otro derecho fundamental diverso. La falta de encaje en el tipo o ámbito normativo del primer derecho fundamental, significa que hay que detener el examen escalonado en cuanto a tal derecho fundamental, pero no, sin embargo, respecto del otro en cuyo tipo sí encaja el supuesto de hecho de que se trate<sup>1277</sup>.

En otros casos puede ocurrir que una misma conducta aparezca amparada por dos o incluso más derechos fundamentales, en cuyo caso habrá de llevarse a cabo, de ser posible, un examen separado respecto de cada derecho fundamental, si bien ello no siempre será

---

las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar, en cuyo ámbito se encuentran, sin duda, las referencias a la salud" (STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2º).

1277 Por ejemplo, en caso de que se declare el secreto sumarial, no resulta de aplicación el derecho fundamental a un proceso público, derecho que en nuestro proceso penal, en el que se distingue una fase preparatoria de instrucción y una posterior fase plenaria (que finaliza con el acto solemne del juicio oral y el posterior pronunciamiento de la sentencia), "sólo es de aplicación, además de a la sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad". Y sin embargo, sí que resulta de aplicación el derecho de defensa, que resulta además afectado por aquella declaración de secreto sumarial. STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2º.

posible e incluso cuando las posibilidades de limitar uno y otro derecho fundamental no sean las mismas (libertad de expresión y libertad ideológica, por ejemplo) puede ser inevitable un examen conjunto de los dos derechos fundamentales<sup>1278</sup>. Pero con frecuencia lo que ocurre es que, aunque *prima facie* parezca que la conducta encaja en dos derechos fundamentales, en realidad es preciso llevar a cabo una delimitación entre el ámbito de aplicación de los dos derechos fundamentales que parecen de aplicación o aplicar las reglas de concurrencia de derechos fundamentales<sup>1279</sup>.

## **2.- La relevancia de las concepciones amplias y estrechas del tipo o ámbito normativo del derecho fundamental**

### **A) Concepciones amplias y estrechas**

A la luz de lo anterior, y de lo dicho en la parte general, se comprenderá con facilidad que también este primer escalón en el examen de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales tiene gran importancia, pues si se entiende que una conducta no está abarcada por el tipo o ámbito normativo de un derecho fundamental, se descarta ya toda

---

<sup>1278</sup> STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 13º.

<sup>1279</sup> Así, por ejemplo, entre los derechos a la intimidad, concretamente en su dimensión corporal, y a la integridad física, el TC ve la diferencia en que este último protege el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento mientras que el derecho a la intimidad corporal protegería el pudor o recato de la persona, afectado por las partes del cuerpo sobre el que recae la afectación o los medios que se utilizan, y no siendo por tanto su ámbito no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano. Y concretando aún más esta distinción respecto de las diligencias a practicar en el proceso penal diferencia el TC, en lo que aquí importa: a) por un lado, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, diligencias consistentes en el reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales), que en principio no suelen afectar al derecho a la integridad física sino sólo al derecho a la intimidad si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad; y b), por otro lado, las llamadas intervenciones corporales, caracterizadas por la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para su sometimiento a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o bien por la exposición del cuerpo a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. En estas intervenciones el derecho que por lo general se verá afectado es el derecho a la integridad física. Sin embargo, hay también diligencias en el marco del proceso penal que, consistiendo en "intervenciones" corporales en el sentido susodicho, y afectantes por ello del derecho a la integridad física, pueden suponer asimismo una intromisión en el derecho a la intimidad, no por sí mismas, pero sí por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, como ocurre por ejemplo la extracción coactiva ordenada judicialmente de cabellos de diversas partes de la cabeza y de la totalidad del pelo de las axilas: STC 207/1996, de 16 de diciembre, FFJJ 2º y 3º.

protección iusfundamental de esa conducta y no se aplican las garantías propias de nuestro Estado de Derecho para los derechos fundamentales. Y es aquí justamente donde hacen su aparición las concepciones amplias y estrechas del tipo, ámbito normativo o supuesto de hecho de los derechos fundamentales<sup>1280</sup>. Y es también aquí donde se revelan, en todo su alcance, las consecuencias absolutamente relevantes que de la asunción de unas u otras se derivan. Por supuesto que caben siempre concepciones, por así decirlo, intermedias o concepciones amplias respecto a un derecho fundamental y estrechas, o más estrechas, respecto de otro. Aquí sólo podemos referirnos, fundamentalmente al menos, a tendencias generales, pues el estudio de la cuestión con relación a cada derecho fundamental es algo que corresponde a la parte especial de una teoría de los derechos fundamentales, y esta investigación pertenecería a una parte general y no especial de dicha teoría. Y desde este particular enfoque, hay que decir que nuestro TC y, por influjo de éste, en general, nuestra doctrina, sigue una concepción amplia de los derechos fundamentales.

Éste es, a nuestro modo de ver, el camino a seguir y ello porque, de este modo, se logra dar a los derechos fundamentales un mayor alcance, una mayor fuerza expansiva, una exigencia ínsita a los mismos. Es cierto que puede argumentarse que una concepción amplia de los derechos fundamentales conducirá, por lo general, a admitir con mayor frecuencia límites a los derechos fundamentales y que una concepción estrecha, en cambio, permite excluir las limitaciones en mayor medida, dándoles el carácter excepcional que merecen. Y desde luego, no puede negarse que es así, pero tampoco debe ignorarse, a nuestro modo de ver, el alto coste que se paga por lograr una menor conflictividad de los derechos fundamentales entre sí y con otros bienes jurídicos: ese coste es el de que muchos problemas en materia de derechos fundamentales quedarían sustraídos a la discusión, pues no se resolverían por medio del razonamiento exhaustivo que el principio de proporcionalidad y, en su caso, el contenido esencial exigen, ni sería de aplicación la reserva de ley. Un buen ejemplo, entre otros muchos posibles, de los efectos que puede tener una concepción estrecha lo encontramos en el caso "Casino de La Toja", recientemente resuelto por el TC y que es, como tantos otros que podrían traerse a colación, ilustrativo de cuanto venimos diciendo<sup>1281</sup>, pues

---

1280 De ellas ya nos hemos hecho eco en la parte general de esta investigación, así como en los capítulos de Derecho Comparado e internacional, comunitario y de la CEDH, consideraciones a las que nos remitimos y damos aquí por reproducidas.

1281 En ese caso se trataba de que un Casino había decidido instalar, y había de hecho instalado, unos aparatos de audición que permitían captar y grabar las conversaciones que tenían lugar en las secciones de caja y del juego de la ruleta francesa, con la justificación de que así se completaban los sistemas de seguridad (particularmente, el sistema de circuito cerrado de televisión) ya existentes en el casino, siendo útil disponer de grabación del sonido en caso de tener que resolver eventuales reclamaciones de los clientes. Pues bien, el Tribunal competente resolvió partiendo de la "premisa básica" de que "el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el referido derecho por parte de los trabajadores" y entiende que "la

viene a poner de relieve la extraordinaria importancia que tiene este primer escalón de examen de los derechos fundamentales, algo que pasa en ocasiones desapercibido, y también permite apreciar las consecuencias, a nuestro modo de ver, gravísimas que se derivan de las concepciones "estrechas" del tipo o ámbito normativo de los derechos fundamentales. Nuestro TC no sigue, patentemente, una concepción estrecha del tipo

---

actividad laboral en general [...] no está amparada por el derecho a la intimidad", pues "el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en la empresa hay que entenderlo limitado a sus lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no en aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral" (STSJGalicia (Sala de lo Social) de 25 de enero de 1996, Fundamento de Derecho 3º). Esta interpretación aparentemente razonable descansaba inequívocamente en una comprensión del derecho fundamental a la intimidad que excluye su aplicación en los centros de trabajo, frente a la interpretación de la sentencia de primera instancia, en la que el juzgador entendía que el derecho fundamental a la intimidad sí resultaba de aplicación en el ámbito de las relaciones laborales. Las consecuencias son muy distintas pues en el primer caso la medida no tendría que ser justificada desde los rigurosos parámetros de examen de las intervenciones en los derechos fundamentales, mientras que en el segundo caso sí que tendría que exigirse dicha justificación y, de hecho, en el caso que comentamos tal fiscalización iusfundamental condujo a que la sentencia de primera instancia reputase la medida como constitucionalmente ilegítima. Decía concretamente la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra de 7 de noviembre de 1995 que si se añadiera el control auditivo al visual "la fiscalización sería completa, pero asimismo sería completa la vulneración del derecho a la intimidad personal del trabajador"; y "la sujeción del trabajador a una vigilancia auditiva es una agresión intolerable si no existe una excepcional razón técnica, al suponer una compresión absoluta de un derecho de rango constitucional". Pues bien, el TC va a rechazar de modo contundente la doctrina en que se basó el Tribunal que conoció en segunda instancia por ignorar la jurisprudencia reiterada del TC en el sentido de que el ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de la organización productiva (en el ámbito laboral, en suma) puede admitir ciertas modulaciones o restricciones fundadas en la necesidad estricta debidamente justificada por el empresario, pero sin que ello pueda significar que la celebración del contrato de trabajo prive a una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce. Examinada, a continuación, la proporcionalidad de la medida, el TC la reputa inconstitucional por inobservancia del principio de necesidad o intervención mínima, pero esto último es aquí secundario. Lo que importa destacar es que si se suscribiese una interpretación como la sostenida por el Tribunal Superior respecto al derecho a la intimidad, excluyendo su vigencia de los centros de trabajo sin más, la consecuencia sería que cualesquiera medidas adoptadas por los empresarios en los centros de trabajo (salvo los lugares de descanso, vestuarios) no podrían ser enjuiciadas desde la perspectiva del derecho a la intimidad, mientras que según la segunda interpretación tales medidas sí que tendrían que serlo, abriéndose así la subsiguiente discusión sobre qué medidas, y bajo qué concretas circunstancias, puede adoptar el empresario en los centros de trabajo "a pesar de que" afecten al derecho a la intimidad. La diferencia, como se ve, entre una interpretación "estrecha" del tipo o ámbito normativo del derecho fundamental a la intimidad (que es la sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia) y una interpretación "amplia", o simplemente "más amplia" que aquella, que es en la que reposaba la sentencia de primera instancia, es mayúscula. Esto puede ser generalizado para otros supuestos y para los demás derechos fundamentales, como ilustran otros tantos ejemplos de la jurisprudencia constitucional y ordinaria: STC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6º ss.

iusfundamental, sino una amplia, sin perjuicio de que, en ocasiones, y muy limitadamente, introduzca ciertos componentes propios de una concepción estrecha<sup>1282</sup>.

Otro caso que viene a poner de manifiesto de una manera cristalina que nuestro TC sigue una concepción amplia y no estrecha del "tipo" o ámbito normativo de los derechos fundamentales es el resuelto en la sentencia sobre la condena penal a la Mesa de HB. Se trataba de unos mensajes difundidos por HB en período electoral. El TC sostiene que ni las libertades del art. 20 ni las del 23, como luego veremos con mayor detalle, extienden su ámbito normativo a los mensajes de contenido intimidatorio o coactivo, algo que hay que determinar mediante una ponderada valoración de todas las circunstancias. Y tras un examen minucioso de cada mensaje, concluye el TC que los tres mensajes de autos contenían, bien que en diferente grado en cada caso, aspectos intimidatorios. Pese a ello, sostiene el TC lo siguiente: "aunque los mensajes objeto de sanción contenían elementos intimidatorios y los recurrentes no fueron condenados por el ejercicio lícito de las libertades de participación, de expresión y de información, sino por colaboración con banda armada, a partir de esta sola constatación no cabe excluir que el establecimiento de ciertos tipos penales o ciertas interpretaciones de los mismos pueda afectar a los citados derechos, siquiera sea indirectamente. Esto es así porque el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y

---

1282 Así, respecto del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en la jurisprudencia posterior a 1992, que rectifica la anterior y la laboral: "El derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede alegarse en el ámbito de las relaciones laborales, cuando éstas son extinguidas unilateralmente por el empleador mediante el despido disciplinario. En efecto, cuando el empresario sanciona con el despido una conducta del trabajador constitutiva de incumplimiento grave y culpable de la relación contractual, no se halla en juego, en puridad, la inocencia o culpabilidad del trabajador despedido, ni, en consecuencia, la actividad probatoria producida en el proceso laboral emprendido frente al acto extintivo se encamina a destruir la presunción de inocencia garantizada por el art. 24.2 de la Constitución, sino, más sencillamente, a justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador. Así lo ha establecido la doctrina constitucional, a partir de la STC 30/1992, de 18 de marzo, conforme a la cual: "debe partirse del alcance específico y en cierto modo restrictivo que el derecho de presunción de inocencia tiene en el ámbito laboral, pues su campo de aplicación natural es el proceso penal (y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador) y, si bien en un primer momento este Tribunal entendió aplicable tal derecho a dicha clase de procesos en tanto en cuanto la jurisdicción laboral ha venido y viene sosteniéndolo, posteriormente ha rectificado y es hoy doctrina uniforme el considerar aplicable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal". Además, como se ha dicho también reiteradamente por este Tribunal, 'dicho procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y, en él, no se ejerce el ius puniendi del Estado'". STC 153/2000, de 12 de junio, FJ 2º y jurisprudencia citada.



participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada" y ello porque la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información ha sido declarada no sólo por este Tribunal (por todas, STC 85/1992), sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas. Sentencia del TEDH *Tolstoy Miloslavsky*, 13 de julio de 1995)<sup>1283</sup>.

Lo anterior responde con toda evidencia a una interpretación amplia o amplísima del tipo o ámbito normativo de los derechos fundamentales, pues incluso cuando, a través de una ponderación minuciosa y no a través de ningún límite inmanente, se determina que la conducta no se encuentra protegida por el derecho fundamental, no se produce una total inaplicabilidad del mismo, sino que, caso de sancionarse la conducta incluida en el tipo o ámbito normativo inicialmente protegido por el derecho fundamental pero que no resulta definitivamente protegida por éste, a la hora de valorar la proporcionalidad de la sanción como exigencia del principio de legalidad se tendrá en cuenta también el eventual "efecto disuasor o desalentador

---

1283 STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20º. En efecto, dirá el TC, "el TEDH ha establecido que una reacción desproporcionada contra unas declaraciones, aun cuando éstas no sean lícitas y merezcan una sanción, vulnera el derecho a la libertad de expresión por no resultar necesaria en una sociedad democrática (art. 10 CEDH, STEDH *Tolstoy Miloslavsky*, de 13 julio de 1995, FJ 51º). La desproporción resulta mayor cuando se trata de las declaraciones emanadas de un partido político, dado su papel esencial para asegurar el pluralismo y el adecuado funcionamiento de la democracia (STEDH *Partido Socialista contra Turquía*, 25 de mayo 1998, FJ 41º). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado que la libertad de expresión, preciosa para todos, lo es particularmente para los partidos políticos y sus miembros activos" (SSTEDH de 30 de enero de 1998, FJ 46º, caso *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía* y de 9 de junio de 1998, FJ 46º caso *Incal contra Turquía*). De ahí ha llegado a la conclusión de que las injerencias en la libertad de expresión, de los miembros y, dirigentes de los partidos políticos de la oposición exige de dicho Tribunal un control especialmente estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells contra España*, ya citado, FJ 42º y caso *Incal*, FJ 46º). En este último supuesto, en el que un ejemplar de una octavilla presuntamente delictiva fue depositada en la comisaría de policía de la ciudad, pidiéndose autorización para distribuirla y, como toda respuesta, se impuso al recurrente una condena de seis meses y veinte días de cárcel, a una multa y a la retirada por quince días de su carné de conducir, el Tribunal Europeo subraya la radicalidad de la injerencia, destacando que las autoridades pudieron exigir la modificación del contenido de la octavilla y alertando sobre el aspecto preventivo de la misma que, por sí sólo, plantea problemas desde la perspectiva del art. 10 del C.E.D.H. En conclusión, la condena de prisión de seis meses y veinte días se entendió desproporcionada a la finalidad de defensa del orden público y, por supuesto, innecesaria en una sociedad democrática (caso *Incal*, FFJJ 56º a 58º) (FJ 24º).

del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada", aun cuando se haya determinado que tales derechos no cubrían o no otorgaban protección definitiva (aunque sí inicial o *a priori*) a tal conducta. Pues bien, a nuestro juicio, ésa es la interpretación adecuada en un sistema constitucional que proclama a España como un Estado de Derecho, que eleva a la libertad y la justicia a valores superiores del ordenamiento jurídico, y en que los derechos fundamentales, como derechos subjetivos básicos de los ciudadanos, pero también -por utilizar una expresión del TC— en cuanto componentes objetivos de la comunidad nacional, ocupan una posición central, por lo que su tutela constituye una de las bases del entero sistema constitucional. La interpretación amplia es sólo una técnica puesta al servicio de esa tutela, tutela que ciertamente también podría lograrse a través de una concepción estrecha, pero sin duda con muchas más dificultades e inconvenientes, derivados del carácter cerrado y, en cualquier caso, no explícito en sus argumentaciones, de las concepciones estrechas, frente a la transparencia y carácter esencialmente abierto de una concepción amplia de los derechos fundamentales, y sólo por ello puede ya sostenerse que nuestra Constitución no responde a una concepción estrecha de los derechos fundamentales.

#### **B) Concepciones estrechas y límites inmanentes o internos a los derechos fundamentales**

Por todo lo anterior, son rechazables las tesis que, bien de una manera abierta, bien bajo el manto de la teoría de los llamados límites internos o inmanentes, parten en el fondo de una concepción estrecha del ámbito normativo de los derechos fundamentales, como también lo son aquellas otras tesis que, más limitadamente, defienden la existencia sólo de algunos concretos límites inmanentes. La defensa de la existencia de límites inmanentes en muchas ocasiones, por lo demás, se hace partiendo de ciertas manifestaciones, especialmente algunas más tempranas pero también algunas recientes, de nuestro TC, que resultan engañosas si uno atiende en abstracto a las mismas, sin ponerlas en relación, como es a nuestro modo de ver indispensable, con la proyección concreta que el TC suele darles *in casu*. La adecuada comprensión de tales manifestaciones de nuestro TC requiere, en definitiva, desde nuestro punto de vista, "levantar el velo" de lo que afirman para ver, de hecho, su aplicación en el caso concreto, que no responde a los presupuestos teóricos de los que a veces parece partirse. Tales expresiones o manifestaciones de nuestro TC son, por ello, doblemente rechazables pues si por un lado no responden en realidad a su praxis jurisprudencial, por otro lado llevan a equívocos y a ellas haremos cumplida referencia también en este apartado para rechazar, no tanto sus soluciones de fondo, como los presupuestos teóricos de que parten, pero que luego en realidad no aplican.

Sin ánimo exhaustivo, pasamos a analizar los más destacados posicionamientos, en la doctrina y la jurisprudencia, reveladores de una

concepción estrecha de los derechos fundamentales, distinguiendo entre aquellos que lo hacen de una manera más o menos clara y directa y aquellos otros que lo hacen más bien a través de la categoría de los límites inmanentes.

### **A') Los límites inmanentes o internos a los derechos fundamentales**

En primer lugar, se haya extendida en la doctrina, en efecto, la opinión de que existen, con carácter general para todos los derechos fundamentales o para alguno de ellos en particular, unos límites inmanentes, internos o intrínsecos a los derechos fundamentales que derivarían de su propia naturaleza.

a) En esta línea, Fernández Segado señala que "límites intrínsecos" son aquellos que "derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social", diferenciando dentro de ellos, como "suele" hacerse, entre los "objetivos (que se desprenden de la propia naturaleza, de la misma realidad del derecho)"<sup>1284</sup> y los "subjetivos (que derivan de la actitud del sujeto titular y de la forma de realizar el propio derecho)". Y aclara además que "la infracción de un límite objetivo intrínseco nos sitúa por lo general ante un fraude de ley", mientras que la vulneración de un límite subjetivo intrínseco nos coloca ante un abuso de derecho". Frente a los límites intrínsecos estarían los límites extrínsecos, que "derivan de la propia existencia social y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten"<sup>1285</sup>. Cita, en concreto, Fernández Segado las SSTC 36/1982, de 16 de junio y 120/1983, de 15 de diciembre.

b) También Pérez Tremps se refiere a los "límites internos", si

---

1284 Se sostiene que esta categoría de límites habría sido asumida por la STC 5/1981, de 13 de febrero. Es cierto que en dicha sentencia se habla de que el derecho a crear instituciones educativas, la libertad de enseñanza de los profesores y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos "tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador" (FJ 7º). Pero no es tampoco menos cierto que tales límites derivados de la naturaleza del derecho no tienen luego una proyección en el análisis concreto de cada derecho fundamental y sus límites, por lo que no puede hablarse de que el TC asuma en realidad respecto de los mismos una doctrina de los límites intrínsecos, sino que el TC analiza en cada caso si los límites al derecho, establecidos por el legislador respetando así la reserva de ley (característica propia de los límites externos), son constitucionalmente adecuados, justificándolo explícitamente en cada caso. No opera, en suma, en realidad el TC con un concepto de límites intrínsecos o inmanentes, como la lectura de los FFJJ 8º ss. pone de relieve a nuestro juicio.

1285 Francisco Fernández Segado, "La teoría jurídica...", cit., pp. 236 ss; Id., *El sistema constitucional español*, cit., pp. 169-170. Sin embargo, un examen de la obra de este autor pone de relieve que, más allá de la exposición teórica sobre los límites, su concepción de los derechos fundamentales no se corresponde, en realidad, con tales premisas puramente teóricas, sino a una concepción externa de los límites a los derechos fundamentales por virtud de la cual toda restricción del contenido de los mismos ha de ser rigurosamente justificada en términos constitucionales, sin perjuicio de la admisión puntual de ciertos límites inmanentes.

bien con un significado diverso, pues serían "aquellos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, pues intrínsecos a su propia definición. Los límites internos, constituyen, pues, las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad. Así, por ejemplo, no puede invocarse el derecho a la tutela judicial efectiva para justificar la entrada de una persona en el domicilio del titular de un órgano judicial sin su autorización, o la libre circulación por el territorio nacional para justificar una colisión intencionada contra un vehículo ajeno; en estos casos se estaría ante una realidad ajena al derecho o, si se quiere, se estaría ante lo que podría denominarse un 'abuso de derecho'. Los límites internos al derecho, no obstante, no siempre son fáciles de trazar o de deslindar de otros límites, los externos. Su definición sólo puede provenir de los operadores jurídicos; al legislador le corresponde fijar esas fronteras en la regulación de los derechos fundamentales; los tribunales tienen que controlar que dicho trazado sea correcto, completándolo y adecuándolo ante las exigencias de la cambiante realidad social mediante la cotidiana resolución de los problemas interpretativos que se planteen"<sup>1286</sup>.

c) Por lo que respecta, más específicamente, al abuso de derecho como "límite intrínseco" a los derechos fundamentales, entre los defensores de su aplicación hay quienes sostienen que se trata simplemente de trasvasar a este ámbito la doctrina elaborada en el ámbito del Derecho Privado, mientras que, por el contrario, otro autor, Rovira Viñas, en un temprano estudio, rechaza la aplicación mecánica de la categoría tal y como se la conoce en el Derecho Privado, a los derechos fundamentales, por su gran indeterminación y los riesgos que la misma conlleva, por lo que propone una fórmula nueva adaptada a los presupuestos constitucionales que elimine los defectos de la categoría en su configuración en el Derecho Privado. Este autor, que considera que la categoría general del abuso de derecho es materialmente constitucional, lo define como el ejercicio de un derecho subjetivo (fundamental), objetiva y externamente legal, que produce como resultado un perjuicio contrario a los valores y fines que establecen la Constitución, valores y fines que vienen determinados por las sentencias del TC<sup>1287</sup>. Pero aun con esta configuración replanteada en términos constitucionales del abuso de derecho, considera Rovira que el mismo no puede encontrar aplicación en el ámbito de los derechos fundamentales y la teoría que aboga por el trasplante de esta categoría —ya sea en su tratamiento privatista, ya sea en una nueva configuración desde criterios constitucionales (que él propone para el abuso como categoría general, pero no aplicable a los derechos fundamentales)— es "superflua e innecesaria"<sup>1288</sup>, pues atenta contra la esencia de los propios derechos fundamentales al impedir la

---

1286 Pablo Pérez Tremps, "Los derechos fundamentales", en Luis López Guerra et alii, *Derecho Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 118-119.

1287 Antoni Rovira Viñas, *El abuso de los derechos fundamentales*, Península, Madrid, 1983, p. 174.

1288 Antoni Rovira Viñas, *El abuso...*, cit., pp. 187 y 189.

realización de sus funciones<sup>1289</sup>. Esta categoría del abuso de derecho se pretende asumida por el TC, pero si bien se analiza su jurisprudencia, se comprueba, por un lado, que es una categoría que prácticamente no se utiliza ya en los últimos tiempos<sup>1290</sup> y, por otro lado, cuando se emplea, que es algo infrecuente, o cuando se ha empleado en la jurisprudencia más temprana, en realidad se trata de un uso meramente retórico o discursivo, que esconde, que no oculta, un examen de la constitucionalidad o proporcionalidad de un límite, cuestión que se analiza explícita y detalladamente, no operando por consiguiente como categoría autónoma de limitación a los derechos fundamentales y menos como una limitación inmanente<sup>1291</sup>. Así lo pone de manifiesto incluso la

---

1289 Antoni Rovira Viñas, *El abuso...*, cit., p. 211.

1290 Y ello pese a que a veces el planteamiento de alguna de las partes o la propia resolución judicial frente a la que se recurre instaban a ello, como por ejemplo, respecto de lo primero, en la STC 42/1995, de 13 de febrero y ATC 341/1992, de 16 de noviembre, respecto de lo segundo. Un supuesto de utilización actual, que en la nota siguiente comentamos, de la categoría es la STC 42/2000, de 13 de febrero.

1291 SSTC 36/1982, de 16 de junio, FJ 6º y 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 1º. En la STC 11/1981, de 8 de abril, FFJJ 10º ss. se habla por el TC también de abuso o ejercicio abusivo del derecho de huelga, pero no se utiliza, patentemente, la categoría en sentido propio, pues los límites han de ser establecidos por el legislador y el TC examina en detalle su justificación constitucional en cada caso, aplica el principio de proporcionalidad y, en definitiva, los hace operar como límites externos y no intrínsecos. La utilización de expresiones tales como ejercicio abusivo, abuso y análogas se explica, respecto de este derecho, simplemente por inercia respecto de la terminología utilizada por el RD 17/77, regulador del derecho de huelga, a la sazón todavía hoy vigente, que considera determinadas modalidades de huelga como hechos ilícitos o abusivos. Es significativo este pasaje del FJ 10º respecto de la concepción del "abuso" de este derecho por parte del TC como un límite externo y no como un límite interno: "El derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario. Exige por ello una proporcionalidad y unos sacrificios, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas", lo que ocurre también respecto de los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga y a los terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, "a quienes no deben imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios". Y lo mismo puede decirse respecto de la jurisprudencia posterior sobre este derecho fundamental. Véanse, por todas, SSTC 41/1984, de 21 de marzo, FJ 2º y 126/1992, de 28 de septiembre, FJ 3º. Ningún significado propio tiene la utilización, totalmente superflua e innecesaria, del concepto de abuso del derecho a la libertad de expresión en la STC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 8º.

También en la reciente STC 42/2000, de 14 de febrero, se refiere el TC al abuso o "ejercicio abusivo" del derecho de reunión, pero es claro que se trata de una utilización retórica con la que se alude a un ejercicio constitucionalmente ilegítimo. En concreto, el TC examina si se ha respetado el límite que explícitamente señala el art. 21 CE para el derecho de reunión y manifestación (alteración del orden público con peligro para personas y bienes y deber de comunicación previa a la autoridad) y afirma además que tampoco se ha acreditado "un ejercicio abusivo de su derecho de manifestación [por parte del recurrente] que, por conllevar una restricción de otros valores constitucionales, suponga una extralimitación en su derecho constitucional de reunión que le deje al margen de la protección constitucional que este derecho fundamental dispensa" (FJ 5º). Aquí el "ejercicio abusivo" se equipara a ejercicio no

STC que suele ser citada normalmente como ejemplo de asunción por el TC del abuso de derecho como límite intrínseco a los derechos fundamentales, la STC 36/1982, si la misma se lee con un mínimo de detenimiento<sup>1292</sup>.

Por nuestra parte, diremos que resulta claro que en nuestro ordenamiento constitucional no hay ninguna categoría asimilable al artículo 18 LF (abuso de derecho con finalidad anti-sistema y democracia militante). En cuanto al abuso de derecho entendido ya más ampliamente, también ha de rechazarse su justificación constitucional y ello porque se trata de una categoría ampliamente indeterminada con la que se pretende excluir, ya de

conforme con los límites constitucionales implícitos, pero lo importante es que para determinar si se ha producido tal abuso hay que realizar un examen explícito. Lo mismo cabe decir en otro de los pocos casos recientes en que el TC alude al abuso de derecho, concretamente respecto del derecho a asistencia letrada del art. 24 CE: si la solicitud de Letrado de oficio se formula con el exclusivo propósito de dilatar la duración normal del procedimiento y retrasar así la decisión final del proceso, y se muestra claramente innecesaria, como un "abuso" del derecho, el órgano judicial podrá rechazar la petición de asistencia letrada abusiva o injustificada, pero lo cierto es que ello se justifica en realidad por el derecho de la otra parte a un proceso sin dilaciones indebidas, con el que aquél debe compatibilizarse. STC 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3º.

1292 Dicha sentencia se refería al derecho fundamental de reunión, y en la misma manifiesta el TC que "el incumplimiento del plazo de preaviso [...] puede conducir a la prohibición de este (derecho) por la autoridad gubernativa, puesto que el único derecho de reunión en lugar público que la se reconoce en el art. 21.2 es el que necesariamente se ha de ejercer comunicándolo previamente a la autoridad". Añade el TC que se trata de una prohibición implícita en el único límite que el art. 21 fija, la alteración del orden público, "porque se impide a la Administración ejercer la finalidad preventiva que tiene encomendada, al no tener a su alcance el necesario y exclusivo medio legal, para ponderar y valorar si el posterior ejercicio del derecho repercutiría en la seguridad ciudadana". Y si bien añade luego el TC que se trata de una actuación ilícita, abusiva, antijurídica y al margen de la buena fe, lo decisivo es que el TC fundamenta la legitimidad constitucional de tal restricción no en tales afirmaciones abstractas sino en una argumentación ponderativa con relación al derecho fundamental. Como dice el TC, de no admitirse esta restricción, la comunicación a la autoridad que la Constitución exige "quedaría sin sentido, y se evitaría la anticipada defensa de previsibles consecuencias dañosas para el orden público, sin que todo ello conduzca a declarar una mera responsabilidad administrativa del promotor, posterior a la reunión, porque se dejarían indefensos los intereses generales superiores, que por primarios pueden salvaguardarse con la preventiva prohibición, único medio adecuado para que sean respetados". Y en la misma sentencia se afirma que si bien la Constitución no determina para la comunicación previa necesaria cuál ha de ser su mínima antelación temporal o plazo, lo que para el legislador del futuro supone un generoso ámbito electivo, éste, sin embargo, deberá respetar el contenido esencial, la debida proporcionalidad, no ser arbitraria y evitar toda dilación innecesaria que limite el derecho. Por consiguiente, lo que el TC hace operar en esta sentencia como límite al derecho fundamental no es ni la prohibición del ejercicio lícito ni la del abuso de derecho, ni ningún otro límite inmanente al derecho, sino pura y simplemente a un límite expreso en la propia Constitución, como es el orden público, dentro del cual va implícita la exigencia mentada de comunicación previa a la autoridad. Ello puede generalizarse para toda la jurisprudencia de nuestro TC, si la misma se analiza en detalle, levantando el velo de ciertas manifestaciones engañosas.

entrada, determinados ámbitos del ejercicio constitucionalmente legítimo de un derecho fundamental sin ningún tipo de control ni garantía ya que, al tratarse de un límite intrínseco, su función (y utilidad) consistiría en determinar que ciertas conductas no entran ya en el ámbito normativo del derecho. Ello no es admisible. Si una conducta entra, en un principio, dentro del ámbito normativo de un derecho no hay límite intrínseco alguno que pueda excluirla del mismo. Cualquier restricción que quiera imponerse a las conductas amparadas por el derecho fundamental habrá de operar de una manera explícita y abierta, con sujeción a las garantías propias de un Estado de Derecho para una intervención en la esfera de las libertades básicas de los ciudadanos (reserva de ley, principio de proporcionalidad, etc.), sometida a una estricta y explícita argumentación de su justificación constitucional y abierta siempre a un control intersubjetivo de tal justificación y argumentación por parte de los operadores jurídicos, la doctrina e, incluso, la opinión pública o de los concretos sectores afectados. No ha de haber atajos ni falsas vías de escape. Y si no se concibiese así el abuso de derecho, sino que se considerase que es una categoría que no excluye nada de lo anterior, lo cierto es que entonces ni sería un límite "intrínseco" a los derechos ni sería tampoco un *tertium genus* respecto del sistema general de limitaciones ni tendría, en consecuencia, utilidad alguna, que es justamente lo que ocurre con la categoría tal y como la utiliza el TC, uso puramente retórico (esto es, vacío de contenido propio autónomo) y esporádico que sólo puede conducir a la confusión<sup>1293</sup> y del que debería prescindirse.

d) El TC también ha sostenido la existencia de límites inmanentes a las libertades de expresión e información, que serían la prohibición de insultar<sup>1294</sup> y la licitud de su ejercicio<sup>1295</sup>, así como la veracidad respecto de la información<sup>1296</sup> e incluso en algunos casos señala que los límites previstos en el art. 20.4 CE son límites inmanentes<sup>1297</sup>,

---

1293 En parte, a ello podría deberse la utilización mucho más frecuente, ignorada luego por el TC en la sentencia, por parte de los legitimados de la categoría del abuso de derecho fundamental, pero ello resulta explicable por la formación básicamente civilista de los abogados ante el TC y su preferencia natural a manejarse con conceptos y categorías tradicionales en el ámbito civil.

1294 SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4º; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 9º y 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6º.

1295 "[...] libertad de información, uno de cuyos límites inmanentes ha de ponerse en la licitud de su ejercicio". STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5º.

1296 STC 52/1996, de 26 de marzo, *in toto*.

1297 "Es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva. Un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuran constitucionalmente y en las leyes que los desarrollan, entre ellos -muy especialmente- a título enunciativo y nunca *numerus clausus*, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así se expresa el pfo. 4º del art. 20 CE": STC 176/1995, de 11 de diciembre. Pero en otras muchas sentencias, contradictoria pero atinadamente, califica a tales límites como límites externos. Así, por ejemplo, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2º; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 7º; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3º; y 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 4º.

posturas que, en el mejor de los casos, no han sido cuestionadas en la doctrina, cuando no han sido explícitamente suscritas<sup>1298</sup>. Pero si se examina bien la jurisprudencia constitucional al respecto, pese a que se sostenga que nos encontramos ante límites "inmanentes" del derecho de que se trate, lo cierto es que también respecto de los mismos se lleva a efecto una ponderación detallada, aplicación en suma del principio de proporcionalidad, lo cual significa que, pese a calificárseles de límites "internos" o "intrínsecos" del derecho, en realidad se los hace operar, por lo general, como límites externos. No se trata de afirmar apodóticamente que la información es ilícita, o no es veraz, o que una expresión es insultante y por ello la conducta no encaja en el tipo iusfundamental y no es amparable. Por el contrario, el TC determina con precisión cuáles son las concretas expresiones utilizadas y el concreto contexto en que se produjeron, con análisis de todas las circunstancias relevantes que concurren y, en un juicio valorativo que explicita en detalle, concluye si la expresión es o no insultante, o si la información no es veraz, en relación con el contexto y las circunstancias que concurren<sup>1299</sup>. Ello responde a una concepción de estos límites como externos al derecho, y no como internos, intrínsecos o inmanentes al mismo.

Con respecto, en primer lugar, a la veracidad de la información, no se exige con ello, evidentemente, la verdad de la misma, sino que simplemente se establece un deber de diligencia sobre el informador<sup>1300</sup>, "a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como 'hechos' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado"<sup>1301</sup>, algo que se aprecia y pondera también en atención a las concretas circunstancias concurrentes pues su valoración exige "matizaciones casuísticas"<sup>1302</sup>, siendo así variable el nivel de exigencia

---

1298 Así, Rodríguez de Santiago considera, ante la imprecisión que aprecia en este punto en la jurisprudencia constitucional, que la posición correcta es la siguiente: "la inveracidad de la información nos sitúa fuera del ámbito constitucionalmente protegido por el art. 20.1.d) CE y el insulto fuera de la libertad de expresión, por lo que en los casos en los que se constate que existe información inveraz o insulto (y esto debería ser lo primero en ser examinado) no hay que realizar ponderación alguna". José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 124, n. 6.

1299 Rodríguez de Santiago señala que "de la abundante jurisprudencia en esta materia no se desprende con claridad si la veracidad de la información es una circunstancia que debe tenerse en cuenta para realizar el juicio de ponderación entre la libertad de información y el derecho al honor, o es un requisito para considerar que la conducta del informador está amparada por el art. 20.1.d)", que sería la opción que él estima correcta y que siguen con claridad, a un modo de ver, las SSTC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 3º y 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2º, mientras que otras sentencias incluyen a la veracidad entre los elementos a ponderar. José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de los bienes...*, cit., p. 123.

1300 STC 52/1996, de 26 de marzo, FJ 2º.

1301 STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8º.

1302 STC 4/1996, de 16 de enero, FJ 4º.



según las "características concretas de la comunicación de que se trate" y, concretamente, según se vean afectados los derechos fundamentales de todos al honor o a la presunción de inocencia, pero también según la "trascendencia de la información", pues "si bien ésta sugiere de suyo un mayor cuidado en la contrastación [sic ...] apunta también a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia"<sup>1303</sup>.

Por otro lado, también respecto de la veracidad, nos parece altamente significativo el caso resuelto por la STC 134/1999, en el que, con relación a un posible conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad de terceros, sostuvo el TC que "el que la información sea o no veraz, por indisociable que sea del juicio sobre el inicial encuadramiento del mensaje en el art. 20.1 d) CE a efectos de determinar si el mismo merece protección constitucional, es irrelevante para establecer si ha habido o no lesión del art. 18.1 CE, ya que, si la información transgrede uno de sus límites (art. 20,4 CE), su veracidad no excusa la violación de otro derecho o bien constitucional"<sup>1304</sup>. En dicho caso resulta obvio que, como en el precedente fragmento anticipa el TC, éste resuelve el conflicto entre la libertad de información como derecho fundamental y el derecho a la intimidad prescindiendo del dato de si esa información es o no veraz pues, de haber lesión del derecho fundamental a la intimidad, ello es "irrelevante". Con ello se pone de manifiesto de manera patente que la veracidad no es un límite inmanente o intrínseco al derecho, pues si lo fuese lo primero a determinar sería si la información era o no veraz pues, de no serlo, no cabría ubicarla ya de entrada en el derecho fundamental en cuestión pues la veracidad "delimitaría" conceptualmente al derecho y no meramente lo limitaría desde el exterior. Al no proceder así el TC, resulta claro que no se concibe a la veracidad en realidad como un límite intrínseco o inmanente al derecho fundamental. En otros supuestos, incumplido el deber de diligencia del informador, el TC no excluye la aplicación de la libertad de información, sino que se limita a constatar que "el ejercicio de aquella libertad no alcanza una plena eficacia legitimadora"<sup>1305</sup>.

Y con relación al insulto, o prohibición de utilizar expresiones "formalmente injuriosas", como límite inmanente de la libertad de expresión, hay que decir que en realidad en tales casos el TC, aunque no lo exprese así, parte de una regla, resultado de muchas ponderaciones

1303 STC 28/1996, de 28 de febrero, FJ 3º. Más detalladamente, STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3º.

1304 STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 6º.

1305 STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 7º: "Por tanto, cabe considerar que el recurrente, aun ejerciendo 'prima facie' el derecho a comunicar información veraz que el art. 20.1 d) CE, le reconoce, ha incumplido el deber de diligencia que le correspondía, según lo expuesto anteriormente. Y al autorizar en estas circunstancias la publicación de la carta al Director es evidente que no ha actuado dentro del ámbito constitucional del derecho a la información; por lo que ha de estimarse, en definitiva, que en el presente conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, el ejercicio de aquella libertad no alcanza una plena eficacia legitimadora que pueda justificar la lesión de este derecho".

anteriores, que supone que en caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, cuando las expresiones utilizadas son insultantes, prevalece casi siempre el derecho al honor. Lo que ocurre es que no puede descartarse que, en ciertos casos, no sea así. Es cierto que el TC trata en su jurisprudencia de restringir al máximo el ámbito de este llamado límite inmanente, que vendría constituido por expresiones o manifestaciones "formalmente" injuriosas o insultantes, esto es, el "insulto o la descalificación gratuitos"<sup>1306</sup>, "expresiones absolutamente injuriosas o impertinentes"<sup>1307</sup>.

Con todo, a nuestro modo de ver, ni siquiera con este carácter sumamente restrictivo, puede admitirse la existencia de un límite inmanente a la libertad de expresión. Es cierto que, en la mayoría de las ocasiones, la utilización de "expresiones absolutamente injuriosas en su propia forma"<sup>1308</sup>, por utilizar una fórmula lo más restrictiva posible, constituirá un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión, pero no siempre habrá de ser así. Hay ciertas expresiones, por ejemplo, que aun siendo sin género de dudas injuriosas en su propia formulación, no lo son por relación al contexto, sino que pueden resultar amparadas por el derecho fundamental en tal contexto, por ejemplo, por ser un contexto de confianza o amistad o ser pronunciadas en un momento de acaloramiento<sup>1309</sup> o con relación a la vida pública o política<sup>1310</sup>. No siempre estarán justificadas, quizás les sea exigible un *plus* de razonabilidad o proporcionalidad, pero no puede descartarse por completo su protección. Nuestra convivencia social, por lo demás, lo pone así de relieve de una forma que salta a la vista, siendo algo totalmente habitual que personas, jóvenes o no, se dirijan unas a otras expresiones

1306 SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5º y 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6º.

1307 STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 9º.

1308 La referencia a expresiones "formalmente injuriosas" no resulta, por lo demás, totalmente afortunada pues la utilización de floridas perifrasis ("animal porcino", descendiente de dama de vida airada o persona que pierde aceite, por poner algún ejemplo) puede resultar tan insultante como la expresión formalmente injuriosa. Tampoco cubre, por lo demás, el concepto de expresiones "formalmente injuriosas" los supuestos en que el término utilizado no es en sí mismo insultante ni injurioso pero sí lo es en el contexto o por el tono, como llamar "taxista" a una persona que realiza determinadas maniobras en un atasco de una gran ciudad o llamar "negro" a una persona de ese color.

1309 Piénsese, por ejemplo, en los insultos vertidos a concejales de un grupo político vinculado a ETA por parte de familiares de una persona asesinada recientemente con ocasión de un Pleno de condena de ese atentado, y por los concejales a dichas personas. Véase, para un supuesto diverso, "El Mundo" de 26 de agosto de 2000.

1310 Por referirnos a un caso reciente en EEUU, el 4 de septiembre de 2000, en el mitin de inicio oficial de la campaña a la Presidencia, uno de los candidatos, George Bush, sin saber que el micrófono estaba abierto, le comenta al número dos de la candidatura, Dick Cheney "Ahí está Adam Clymer, un gilipollas de primera división", a lo que aquél le contesta: "Sí, sí que lo es". Véase la prensa del 4 de septiembre de 2000.

que cabría calificar como "formalmente injuriosa"<sup>1311</sup> y sin que sea tampoco algo absolutamente extraordinario la utilización de expresiones de las mentadas en nuestra vida política<sup>1312</sup>. Que alguno de estos casos no haya llegado al TC, unido al hecho de que la experiencia jurisprudencial propia y ajena indique al TC que por lo general tales expresiones no puedan estar amparadas por el derecho del art. 20 CE, es quizás lo que explique que nuestro TC utilice, bien que con un carácter sumamente restrictivo, la prohibición de utilizar expresiones formalmente injuriosas como un límite inmanente. Dado el riesgo que tales límites encierran en sí mismos, debería, sin embargo, prescindirse de ellos en estos casos, sin perjuicio de partir de una presunción fuerte de que la utilización de expresiones formalmente injuriosas no está amparada por la libertad de expresión, pero dejando a la par abierto un portillo para que, en ciertas condiciones especiales, no sea así. Dicho de otro modo, lo que nuestra CE prohíbe absolutamente no son las expresiones formalmente injuriosas, sino justamente al revés, las "materialmente" injuriosas, pero para determinar esto último hay que realizar un examen ponderativo y valorativo de todas las circunstancias concurrentes y se trata de un límite externo en cualquier caso, y no interno o intrínseco o inmanente a la libertad de expresión. La utilización de expresiones que sean en su misma forma injuriosas es un indicio importante de su carácter materialmente injurioso, pero solamente un indicio, por lo que, en ciertos casos y condiciones, que por lo general no llegarán ante el TC ni tampoco con demasiada frecuencia ante los tribunales ordinarios, pueden ser expresiones legítimas amparadas por el art. 20.1 CE. En la línea de lo aquí defendido, aunque con alguna debilidad teórica, y déficit de argumentación constitucional, viene a posicionarse una reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 4 de junio de 2001, que casa una sentencia de una Audiencia Provincial (que, a su vez, confirmaba otra de un Juzgado) que había condenado a un concejal por intromisión ilegítima en el derecho al honor a un concejal que, durante un Pleno, había llamado a su Alcaldesa "corrupta", "subnormal" y

---

1311 Las expresiones formalmente injuriosas, hasta cierto punto y en ciertas condiciones, forman parte de nuestra cultura y pueden estar protegidas por la libertad de expresión. Y en muchas culturas existe incluso el intercambio ritual de insultos (nuestras "jotas de picadillo", en que hombres y mujeres se destrozan por turnos o los duelos cantados por los esquimales de Groenlandia, entre otros muchos ejemplos). En un contexto de amistad o confianza, muchas expresiones formalmente injuriosas son incluso apelativos de amistad, camaradería o incluso cariño, y son entre nosotros una práctica ampliamente extendida. También en los dictámenes psiquiátricos se califica muchas veces a la persona sujeta a examen de "tonto", por ejemplo.

1312 Por referirnos sólo a algún ejemplo reciente, el día 25 de agosto de 2000, el político del PNV Arzallus le dice al líder del PP en el País Vasco: "Iturgaiz, vete a la mierda" (Véase la prensa del día 26 de agosto de 2000). Véase la amplia recopilación de insultos en la vida pública que contiene el libro Juan de Dios Luque, Antonio Pamies, y Francisco José Majón, *Diccionario del insulto*, Península, Barcelona, 2000, in toto, con más de 5000 insultos, libro que es bien ilustrativo del uso legítimo que puede hacerse en ocasiones de las expresiones formalmente injuriosas. Cfr., también, Robert Eouard, *Dictionnaire des injures*, Tchou, 1977.

"mentirosa", lo que hace el TS por entender que se trató de excesos verbales, indudablemente repudiables pero habituales en cierto lenguaje político al que los ciudadanos se han acostumbrado y al que los propios destinatarios no conceden tampoco especial trascendencia cuando ejercen un cargo público y que, en el concreto contexto en que se produjeron, y ante el estado de ánimo de profundo enojo del concejal, no son lesivas del derecho al honor. En otra sentencia reciente, de 14 de mayo de 2001, el TS (Sala de lo Civil) considera que si bien algunas expresiones y frases contenidas en un artículo periodístico pudieran considerarse "excesivas, por no resultar afortunadas y ser innecesarias, no están dotadas de *contenido vejatorio intenso* que anule por completo el derecho a informar libremente a la opinión pública de asuntos que interesaban, dada su notoria trascendencia social" en el caso concreto, por lo que "el discurso casacional lleva a reputar predominante la libertad de información", partiendo de que "el texto publicado ha de tenerse en cuenta en su conjunto y no se puede efectuar separación de frases, que pudieran resultar más o menos ofensivas en su aislamiento, cuando el sentido de lo publicado conforman noticia general que interesaba al común de los ciudadanos".

Por lo demás, es de destacar que un examen detenido de la jurisprudencia constitucional permite constatar que, pese a las afirmaciones del TC en el sentido de que las expresiones "formalmente injuriosas" o "absolutamente injuriosas" son un límite absoluto a la libertad de expresión, que no las comprende, permite apreciar que, en la práctica, más allá de sus afirmaciones, el TC lleva a cabo una ponderación detenida y equilibrada, de acuerdo con el contexto circunstancial, de las libertades de expresión o información y el derecho al honor<sup>1313</sup>. Ello responde, en lo esencial, bien que con ciertas

---

1313 Es significativo el caso resuelto por la STC 76/1995. Se trataba de un artículo publicado en la prensa local por un aspirante a una cátedra universitaria, en el que se hacía una crítica "inmisericorde y sin cuartel" a uno de los miembros de la Comisión de reclamaciones de la Universidad, que había revocado la propuesta realizada a su favor por la Comisión correspondiente. Se calificaba a la persona afectada, miembro destacado del claustro docente la Universidad, entre otras cosas, como "claustral de babero", "anfitrión de conspiradores", "chambón", "personaje inquisitorial", se afirma que "firma resoluciones sin la más mínima ética". El TC. niega el amparo al firmante del artículo pero no lo hace simplemente sobre la base de que se trate de apelativos formalmente injuriosos sino que, además de ello, se trata de expresiones innecesarias para la labor informativa o de formación de la opinión: STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 6º. Frente a esta decisión formulan dos magistrados un voto particular, con cuya opinión estamos plenamente de acuerdo y que, lo que es más importante a nuestros efectos, constituye un ejemplo que viene a poner de relieve la necesidad de concebir la prohibición de utilizar expresiones formalmente injuriosas como un límite externo, y no inmanente, y abierto a la ponderación casuística con arreglo al principio de proporcionalidad. En su voto particular, entienden González Campos y Vives Antón que ninguna de las expresiones citadas constituye una injuria "pues no es injuriar atribuir a quien ha excluido al recurrente de la plaza a la que optaba, haber firmado una resolución falta de ética: sería mucho pedir a quien recurre que, en sus circunstancias, pensase o dijera lo contrario. Ciertamente se trata de una forma

limitaciones o puntos frágiles, a una concepción "externa", y no intrínseca o inmanente, de los límites a los derechos, límites que serían expresión concretamente de la necesaria protección del honor frente a las libertades de expresión e información, como nuestra CE prevé, explícitamente por cierto, en su artículo 20.4.

En este sentido, aun siendo insuficiente, bien podría interpretarse la doctrina del TC de que las expresiones que quedan excluidas del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión son las expresiones injuriosas o insultantes que constituyen "una mera exteriorización de sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable", "máxime cuando tales expresiones injuriosas no han sido vertidas en el curso de una entrevista o de un debate sino que han sido consignadas con el sosiego y la meditación que es presumible en quien redacta un escrito que se destina a su publicación en un diario"<sup>1314</sup>, más todavía si las redacta un periodista de profesión<sup>1315</sup>. Esta última doctrina refleja una cierta tendencia moduladora de la exclusión del ámbito protegido de la libertad de expresión de las manifestaciones formalmente injuriosas a través de una valoración o ponderación material de las circunstancias en que se vierten aquéllas, concretamente en atención a su finalidad y al contexto anímico y al medio a través del que se exteriorizan, cuando el carácter formalmente injurioso sea dudoso o poco contundente. Aun con estas matizaciones, nos parece que la tesis básica en que reposa la jurisprudencia constitucional, según la cual toda expresión formalmente injuriosa queda fuera *ipso iure* de la protección de la libertad de expresión, no sólo es, en su radicalidad, errónea, sino que ignora por completo la situación real en cuanto a tal libertad que se vive en el día a día de nuestro país. Por ello mismo, es enteramente acertada la apreciación de González Campos y Vives Antón, contenida en su voto

---

enérgica de expresar la disconformidad; pero no creemos pueda decirse que constituye una injuria", mereciendo especial comentario, a juicio de los magistrados disidentes, "el hecho de que el artículo se haya escrito con espíritu vindicativo. Eso, que es evidente, es también natural: quien a consecuencia de la decisión de otro ha perdido (injustamente en su opinión) la plaza a la que aspiraba, reivindica normalmente su derecho y nada tiene de particular ni de injurioso que lo haga intentando ridiculizar el *curriculum* y la decisión de la persona que la escribe". No puede pasarse por alto, además, sostienen en su voto particular los magistrados discrepantes, que nos movemos en el ámbito de la crítica de la función pública y la crítica parte de un afectado por el ejercicio de esa función y sufre sus consecuencias, en relación, por lo demás, siquiera sea de modo remoto, con la libertad de cátedra del firmante del artículo. "Esa circunstancia hace que, en la defensa de un caso como el del recurrente, la libertad de expresión se halle menos fuertemente limitada que en otras hipótesis. Y eso, que debe ser así, así es efectivamente en la vida diaria de la universidad", opinión ésta con la que, por nuestra parte, estamos plenamente de acuerdo y pone de manifiesto la necesidad de considerar a la prohibición de valerse de expresiones formalmente insultantes o injuriosas como límites externos y no inmanentes.

1314 STC 78/1995, de 22 de mayo, FJ 2º.

1315 STC 78/1995, de 22 de mayo, FJ 4º.

particular a la STC 76/1995, en el sentido de que su interpretación sobre este punto de la libertad de expresión no sólo expresa un "deber ser", sino que también refleja cómo se vive efectivamente tal libertad en el día a día en el concreto mundo universitario ("Y eso, que debe ser así, así es efectivamente en la vida diaria de la universidad")<sup>1316</sup>, algo que, a modo de crítica a la doctrina de nuestro TC, puede ser generalizado, por lo que bien puede decirse que en este punto su jurisprudencia no sólo no resulta

---

1316 Coincidimos también con las opiniones del Magistrado señor Vives Antón en los votos particulares a las SSTC 78 y 79/1995. En ambos casos, los hechos tienen lugar en el contexto de la lucha competitiva entre dos medios de comunicación canarios. En el primero de ellos, se trataba de un artículo con forma epistolar publicado en un diario de las Islas en el que se sostenía que dos directivos de un medio de comunicación de la competencia tenían depresiones y paranoias, eran ególatras y falsos beatos, además de "piratas", "embusteros", "difamadores y perros", aludiéndose a sus "antojos, sus ambiciones, sus egoísmos, sus intrigas, sus venenos y sus papeles", con remisión, en fin, a una supuesta conversación en que se calificaba a uno de aquéllos como cínico, egoísta, ególatra y personaje siniestro. El TC otorga el amparo a los ofendidos y anula las sentencias penales absolutorias del firmante del artículo de autos: STC 78/1995, de 22 de mayo, FJ 5º. Frente a este criterio de la sentencia, el magistrado Vives Antón formula un voto particular en el que sostiene que la libertad de expresión, y en concreto la libertad de crítica a la actuación de los personajes públicos necesita un amplio espacio para desarrollarse, por lo que debe protegerse especialmente, debiendo por ello evitarse que se desaliente su ejercicio más allá de lo tolerable concediéndole una amplitud de espacio importante, que ha de ser además mayor cuando, ante el posible exceso, entre en juego la reacción primitiva. Entiende, así, que en el caso particular las "expresiones insultantes [...]ni son lo suficientemente fuertes ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que en el artículo enjuiciado se efectúa como para que el recurso al derecho penal criminal no resulte exorbitante y no comporte un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública". Lo que debería haberse hecho a su juicio es conceder el amparo sólo parcialmente, reconociendo la vulneración injustificada del derecho al honor, pero sin anular las sentencias absolutorias en la vía penal, con lo que la vía civil quedaría, en principio, abierta. Esta opinión discrepante la desarrolla Vives Antón en su Voto particular a la STC 79/1995, de 22 de mayo (en la que se deniega, a diferencia de la STC 78/1995, el amparo a los afectados por el artículo publicado en la prensa en el que se afectaba a su honor, cerrando el paso a una mera responsabilidad penal a título de falta), en el sentido de que debe diferenciarse entre si se han sobrepasado los límites de la libertad de expresión respecto del derecho al honor, por un lado y si, por otro lado, ese exceso justifica o no el recurso a la vía penal, instrumento intimidatorio éste que no debe, a su juicio, poder proyectarse sobre le conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (a cuyo núcleo pertenece la crítica a personajes públicos)" a efectos de que no se produzca un "efecto de desaliento" (con lo que parece aludirse al llamado "chilling effect" de la jurisprudencia norteamericana o "efecto disuasorio" sobre el ejercicio de los derechos fundamentales) que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones, pues la libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse, "un ámbito de seguridad lo suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe, más cuando su conducta tiene una posible incidencia penal. Por ello, a su juicio, en el caso de autos "el amparo está bien desestimado, pero no porque no se hayan excedido los límites de la libertad de expresión, sino porque la vía penal que se intentaba seguir no es adecuada en el presente caso para depurar los posibles excesos cometidos".

satisfactoria desde un punto de vista teórico o doctrinal, sino que además se coloca de espaldas a la realidad constitucional y a cómo se vive la libertad de expresión en nuestra sociedad. La reciente jurisprudencia del TS, en cambio, resulta más sensible a esta "realidad social" conforme a la cual han de interpretarse las normas (art. 3 CC), también, e incluso de manera especial, las constitucionales.

El propio TC, en la STC 20/1990, en un ejemplo de antología de que la prohibición de utilizar expresiones "formalmente injuriosas" no puede ser un límite verdaderamente inmanente a la libertad de expresión, vino a dar amparo a un ciudadano en su libertad de expresión (e ideológica, también) respecto de un artículo de crítica política y social a la organización y finalidad del Campeonato Mundial de Fútbol de 1982 en el que, entre otras cosas, se afirma: "Spain is not different? Del uso por los políticos (en especial los dictadores: Mussolini, Hitler, Franco, Videla,...) del fútbol espectáculo y de los grandes acontecimientos deportivos casi no hace falta hablar, de tan sabido. Este Mundial va a servir para hacer aún más propaganda del Rey Español representándolo como la democracia en persona. Por supuesto se ocultará que la monarquía fue restaurada por Franco. Se ocultará también la foto de Juan Carlos presidiendo el mitin fascista en la Plaza de Oriente, justificando los fusilamientos de opositores en 1975, atacando la democracia europea. Dicen que la memoria no es política. Por lo visto tampoco es político de que haya quien esté en la cárcel (Amuriza, Idígora y Gorostidi) por disentir del Rey. A lo mejor no decir 'amén' a todo lo que digan y hagan el Borbón y su Corte es antidemocrático. A lo mejor resulta que el 'Busco Gudariak' es un himno fascista. En cualquier caso los presos políticos, el pasado fascista del Rey, las bases y composición de esta monarquía, el ruido de sables, y lo que haga falta se esconderán bajo la alfombra. España es una unidad... ¡perdón!, es una democracia ejemplar, donde el pueblo está unido en torno a un Rey demócrata de toda la vida". Pues bien, el TC dirá que estas palabras son "rechazables moral y socialmente por innecesarias, injustas y contradictorias con una conducta que ha merecido la adhesión mayoritaria del pueblo español y que ha hecho posible la transición política y la consolidación democrática", pese a lo cual el TC concede al recurrente el amparo en su libertad de expresión pues, aun utilizando términos reprobables en dicho pasaje y expresarse "de forma censurable en el ámbito político y social", del conjunto del artículo se deducía que el mismo respondía a la finalidad prevalente de expresar las ideas críticas, criterios y sentimientos de su autor acerca de los Mundiales y ello pese a la "faceta injuriosa" o "palabras despectivas" hacia el Rey Juan Carlos, pues las mismas "no constituyen más que un argumento del autor para reforzar la tesis crítica que mantiene en todo el artículo".

La conclusión que se deriva de este último caso es, para nosotros, clara y es la de que si recordar, con respecto al Rey Juan Carlos, que la Monarquía de que éste es cabeza fue restaurada por Franco y afirmar asimismo que el Rey presidió el mitin fascista de la

Plaza de Oriente", justificó los fusilamientos de opositores en 1975 y atacó la democracia europea y que hay personas en la cárcel por disenter de él, recordando su "pasado fascista", es una conducta que puede llegar a estar amparada por la libertad de expresión, es patente que las expresiones "formalmente injuriosas" (y "fascista" sin ningún género de dudas lo es, tanto más para un Jefe de Estado) no son ningún límite inmanente a los derechos fundamentales, sino un límite externo y por ello mismo, pueden llegar a estar justificadas en ciertos casos, incluso cuando tales expresiones se refieren, sin ninguna relación con el tema a tratar, a una de las más altas instituciones del Estado, con lo que, con mayor razón lo estarán todavía en otros supuestos. Ello debería llevar, coherentemente, al TC a una revisión de su doctrina en el sentido arriba expuesto.

Con respecto al ejercicio ilícito o ilegítimo de las libertades de expresión o información u otros derechos fundamentales, tampoco ha tenido tal límite una operatividad real como límite inmanente a tales libertades en nuestra jurisprudencia constitucional. Y así, por ejemplo, si bien el TC sostiene que ni los derechos del art. 20 CE ni los del art. 23 incluyen en su ámbito protegido la difusión de programas o mensajes que resulten amenazantes o intimidatorios, es lo cierto que el TC parte de que "sería no sólo improcedente sino también vano intentar definir aquí, de forma abstracta y apriorística qué mensajes o qué comunicaciones tienen carácter amenazante o intimidatorio, en el sentido de ser capaces de torcer la voluntad política e incluso el sentido del voto, y cuáles no. Esta es una cuestión que deberá perfilarse caso a caso, atendiendo a diversas circunstancias —como la credibilidad y la gravedad de las amenazas— y, admitiendo de entrada la dificultad de medir la capacidad real de influencia de un mensaje sobre la voluntad de sus destinatarios y la consiguiente dificultad de trazar la forzosamente hábil línea divisoria entre los mensajes amenazantes y los que no lo son"<sup>1317</sup>. Y dice el TC, para apreciar que un mensaje es intimidatorio ha de procederse con extrema cautela, especialmente en el marco de los procesos electorales<sup>1318</sup>, y

---

1317 STC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 14º ss.

1318 Se precisa, así, que es necesario "extremar las cautelas para evitar que al amparo de esta circunstancia los poderes públicos intenten acotar los mensajes que pueden presentarse a los ciudadanos, especialmente durante los procesos electorales, ya que es a éstos a quienes corresponde el poder jurídico de decidir cuáles son los mensajes que quieren recibir y qué valor quieren dar a cada uno de ellos, sin tutelas de ningún género. En rigor, en el ámbito de los procesos electorales, sólo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio. En las campañas electorales es frecuente que los partidos y coaliciones pronostiquen todo tipo de peligros y calamidades que necesariamente habrán de seguirse del triunfo de las opciones contrarias sin que ello pueda considerarse intimidatorio o amenazante [] Con todo, aun teniendo muy presentes estas cautelas, no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden explícita o implícitamente, pero de modo



además "debe admitirse que no toda difusión de un mensaje intimidatorio queda excluida del ámbito de las libertades de expresión e información. Así, por ejemplo, como advierten los recurrentes, en ese ámbito podrá incluirse la comunicación de esos mensajes por parte de terceros mediante lo que doctrinalmente se ha calificado como reportaje neutral"<sup>1319</sup>.

A modo de conclusión general, destacaríamos que no debe confundirse, desde nuestro punto de vista, que resulte claro que una determinada conducta no esté definitivamente protegida por un derecho fundamental con el hecho de que esa conducta no se integre en el tipo o ámbito normativo del derecho fundamental. Por seguir uno de los ejemplos que da Pérez Tremps, es cierto que la libertad de circulación (art. 19 CE) no puede justificar una colisión intencionada contra un vehículo ajeno ni, añadiríamos nosotros, que una persona conduzca un vehículo sin licencia de conducir, pero no porque la colisión no pueda tener lugar en ejercicio de aquella libertad, sino porque ésta encuentra en dicho caso un límite a su ejercicio en el respeto a otros bienes con relevancia constitucional (seguridad del tráfico para garantizar precisamente una libertad de circulación ordenada, así como la vida e integridad física propias y las de otros pasajeros, conductores y peatones, etc., por más que dicho límite sea evidente<sup>1320</sup>), aunque no puede descartarse la existencia de casos

creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes no queda, amparado por las libertades de expresión o de información.

1319 Así, en la ya citada STC 159/1986 se otorgó el amparo al director del diario "Egin", que había publicado unos comunicados apologéticos del terrorismo, con el argumento de que el referido periódico se había limitado a la mera reproducción de los comunicados (de ETA-militar) no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos (carácter apologético que, por otra parte, nadie discutió en el proceso). En esta Sentencia se declara que "no cabe duda que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho" (fundamento jurídico 7º). Todo ello responde, una vez más, y pese a afirmaciones de principio equivocadas por parte del TC, a una concepción de la licitud o legitimidad como límite "externo", y no interno, intrínseco o inmanente, y cuya "legitimidad" habrá que determinar, precisamente, a partir de un fundamento constitucional y aplicando la correspondiente ponderación a través del principio de proporcionalidad y no mediante la aplicación de una categoría autónoma de legitimidad como límite "intrínseco" del derecho.

1320 Es significativo, en este sentido, que en el caso resuelto por la STC 233/1999, de 19 de diciembre, planteaban los recurrentes que un determinado precepto que autorizaba a los Ayuntamientos a incrementar el tipo de gravamen del Impuesto de Bienes Inmuebles hasta unos determinados porcentajes que varían en función de la naturaleza urbana o rústica del bien inmueble y del número de habitantes del municipio. Pues bien, el TC admite (FJ 26º) que hay una afectación de la libertad

especiales en que la conclusión haya de ser otra. Por ejemplo, la libertad de circulación sí podría amparar la circulación sin licencia por parte de quien sabe conducir, pero no tiene permiso para ello con validez en España, en un caso de necesidad, por ejemplo, el transporte de una persona gravemente enferma, si no hubiera otra posibilidad razonable; y también podría amparar, incluso, la colisión leve con otro vehículo que no se separase ante un vehículo que transportase a un enfermo grave a un hospital y así lo indicase convenientemente. Esta concepción, como ya hemos señalado en la parte general (a la que nos remitimos), presenta la ventaja de que permite dejar abierto, para el presente o para el futuro, y en general o para casos determinados o especiales, la discusión sobre la justificación constitucional de los casos constitucionalmente dudosos o de los casos generalmente claros pero que no lo son en determinadas circunstancias. Otra concepción cierra el debate, en el mejor de los casos, en los casos "claros", pero con toda frecuencia también en los menos claros y lo cierra sin argumentación, que es tanto como cerrarlo en falso.

### **B') Concepción estrecha del ámbito normativo del derecho fundamental**

Una formulación ya más explícita en el sentido de una concepción estrecha del tipo o ámbito normativo de los derechos fundamentales, sin recurrir a la construcción de los límites inmanentes, es la sostenida por Jiménez Campo o de Otto:

a) De Otto es quizás el más temprano valedor de una concepción estrecha de los derechos fundamentales en nuestra doctrina constitucional. A su juicio, es aplicable en nuestro sistema constitucional la "clásica distinción" entre reservas que se refieren al simple ejercicio de los derechos fundamentales, "cuya regulación no añade ni quita nada al derecho constitucionalmente reconocido", constituyendo para él un límite que sin su intervención no se daría y, por último, aquellas otras reservas en las que lo que se encomienda al legislador es la propia configuración o delimitación del derecho. La cuestión que se plantea es la de a qué tipo de reserva pertenece la del art. 53.1 CE, cuestión de gran importancia, pues la respuesta a la misma por un lado determina la extensión de la garantía del contenido esencial frente al legislador y, de otro lado, determina también si el art. 53.1 CE, además de imponer una limitación al legislador (el contenido esencial), le confiere una facultad general de limitación de los derechos fundamentales cuando no exista reserva específica de limitación<sup>1321</sup>. Y entiende De Otto que el art. 53.1 CE, contra la interpretación mayoritaria y del Tribunal Constitucional, no

---

fundamental del artículo 19 CE, si bien, en una fundamentación breve, considera que la afectación no resulta desproporcionada respecto del fin constitucionalmente lícito perseguido por la medida enjuiciada (autonomía local y suficiencia económica de los municipios). Una cosa es que un límite a un derecho fundamental aparezca claramente justificado y otra que no necesite justificación.

<sup>1321</sup> Ignacio de Otto y Pardo, "La regulación...", cit., pp. 103-106.

contiene una reserva de limitación, sino de configuración o delimitación de los derechos fundamentales y no habilita por ello al legislador con carácter general para limitar los derechos fundamentales. Y entiende que los problemas planteados por el Tribunal Constitucional como límites a los derechos fundamentales no son tales, sino sólo cuestiones de "delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas"<sup>1322</sup>. Y es que a juicio de este autor, "si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como 'limitación para proteger otros bienes constitucionales' muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben 'ceder' ante otros bienes constitucionalmente protegidos —por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos— porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, en el ejemplo utilizado no reconociendo nada similar a la objeción de conciencia del contribuyente. Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución"<sup>1323</sup>.

Es decir, y resumiendo, para este autor, el "contenido" del derecho no es sólo el que se deriva de su designación ("domicilio" o "intimidad", por ejemplo) sino también de su "delimitación" a partir de tal interpretación unitaria de la Constitución, articulando el derecho con las restantes normas constitucionales (y excluyendo así numerosos supuestos de la protección del derecho) sin necesidad de ninguna ponderación ni aplicación del principio de proporcionalidad; y sólo son límites al derecho los que el legislador establece constitutivamente y desde fuera del derecho.

b) Jiménez Campo, por su parte, ha tomado el testigo a De Otto y propone lo que llama "un empleo estricto de la expresión 'limitación', y correlativamente amplio de la palabra 'delimitación'", reservando para la primera la referencia a las intervenciones (externas al derecho) y utilizando la segunda para "englobar todas las acciones públicas que contribuyen a

1322 Ignacio de Otto y Pardo, "La regulación...", cit., p. 137.

1323 Ignacio de Otto y Pardo, "La regulación...", cit., p. 143.

definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental"<sup>1324</sup>, incluso cuando se contienen en normas diversas a la que enuncian el derecho de que en cada caso se trate, constitucionales o incluso legales y aun cuando la "delimitación" provenga del exterior del derecho<sup>1325</sup>.

De este modo, reduce el autor la utilización para él constitucionalmente correcta de la voz "limitación" "a los pocos casos en los que la Constitución apodera al legislador para restringir la titularidad o el ejercicio de un derecho ya definido con carácter general (arts. 28.1 y 55) y a los mucho más frecuentes en los que la misma Constitución prevé una privación o supresión singular del derecho fundamental de determinada persona (arts. 17.1, 18.2 y 3<sup>1326</sup>, 20.5, 21.2, 22.4, y 30.3), a los que hay que añadir "la hipótesis, cuando sea posible, de la reducción legal del contenido común o general del derecho". Y aclara que "el lenguaje de la Constitución, errático en este punto, no coincide, desde luego, con lo que propongo: el artículo 20.4, por ejemplo, se refiere como 'límites' de los derechos que el propio artículo ha enunciado a 'los preceptos de las leyes que los desarrollen'", que en realidad, según este autor, "delimitarían", pero no "limitarían", el derecho.

En el concepto de "delimitación constitucional" incluye tanto la ordenación legislativa del derecho como su construcción jurisdiccional si una y otra se orientan a culminar, por mandato de la Constitución o con arreglo a ella, la definición del derecho fundamental. Distingue Jiménez Campo, por un lado, entre una delimitación directa y otra indirecta, con base en la jurisprudencia constitucional que señala que los derechos "tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros

---

1324 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 38.

1325 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales* ..., cit., p. 39.

1326 Pero los partidarios de una concepción estrecha de los derechos fundamentales no coinciden nunca del todo y así, para Sáiz Arnaiz, en contra de lo sostenido por Jiménez Campo en su ya estrecha concepción de los tipos o ámbitos normativos de los derechos fundamentales, resulta claro que "la comisión de un delito flagrante no es un límite a la inviolabilidad domiciliaria; pura y simplemente en tal supuesto no existe un derecho susceptible de limitación", pues se trataría de una cláusula que delimitaría el derecho y no lo limitaría (Alejandro Sáiz Arnaiz, *La apertura...*, cit., p. 236, n. 308) exactamente igual que ocurre con relación a la cláusula "sin armas" respecto del derecho de reunión. Con ello, parece admitirse que la posible comisión de cualquier delito (posible, porque justamente no habrá habido todavía ninguna sentencia al respecto), y en cualesquiera circunstancias, sea cual sea la gravedad del delito o infracción, posibilita entrar en un domicilio ajeno, incluso el de personas distintas al presunto delincuente, sin que sea requerido ningún examen de proporcionalidad ni ponderación entre las razones que justificarían tal entrada y el derecho fundamental del art. 18, derecho que en tal supuesto sencillamente no existiría jurídicamente, y sin que haya tampoco, por otra parte, que aplicar ninguna proporcionalidad para controlar la "flagrancia". Esos son los efectos de considerar que en tales hipótesis no hay un límite al derecho sino una delimitación conceptual del mismo, tesis que ya sólo por ello ha de ser rechazada de plano.

derechos"<sup>1327</sup>:

a) La delimitación directa "no es otra cosa que la definición en la norma constitucional, o en ella y en la legislación a la que expresamente remite, de los contornos del respectivo derecho fundamental, y ello tanto en términos positivos (delimitación de la conducta, situación o bien garantizados) como negativos (exclusión de cierta hipótesis del contenido del derecho: manifestarse con violencia o con armas no es ejercicio de la libertad de reunión ex art. 21.1 CE; organizar una agrupación paramilitar no entra en el ámbito de la libertad de asociación del art. 22, por prescripción de su número 5)".

b) La delimitación indirecta supone, por su parte, "el resultado necesario de la inserción del derecho en el sistema que es la Constitución, si bien la misma norma constitucional, en ocasiones, se ha cuidado de hacer explícita esa delimitación del derecho (art. 20.4, en su referencia al honor, a la intimidad y a la propia imagen), delimitación que, en todos los demás casos, entraña el reconocimiento de lo que a menudo se denominan —con terminología, sin embargo, vacilante— 'límites intrínsecos' o 'inmanentes' del derecho"<sup>1328</sup>.

Y en segundo lugar diferencia el citado autor entre: a) delimitación constitucional inmediata, que no reclama ni requiere la intervención sucesiva del legislador y entraña sobre todo un mandato al Poder Judicial. La Constitución delimita inmediatamente el derecho con sólo enunciarlo mediante conceptos que no requieren de integración o precisión normativa específica y que, por tanto, pueden ser actualizados por el juzgador a partir de las categorías generales vigentes y arraigadas en el ordenamiento (las nociones de "honor" e "intimidad", la de "domicilio" o la de "asociación"); y b) delimitación constitucional mediata, que ha de ser actualizada mediante normas legales y supone, ante todo, un mandato, explícito o implícito, al legislador para precisar o culminar la definición de determinado elemento del derecho. Por ejemplo, el "orden público protegido por la ley" delimitaría las libertades del artículo 16.1 CE; la privación de la libertad personal que garantiza el artículo 17.1 procederá sólo "en los casos y en la forma previstos en la ley"; y a la ley reguladora de la huelga ex art. 28.2 CE corresponderá garantizar los "servicios esenciales de la comunidad". Una remisión implícita al legislador existe allí donde se impone el ajuste o integración entre derechos y bienes constitucionales de definición fronteriza (por ejemplo, derecho a la educación y libertad de enseñanza del art. 27.1 CE o esta última y libertad de cátedra en el art. 20.1.c CE).

Con todo este esfuerzo conceptual, pretende Jiménez Campo evitar "el aparente absurdo de admitir que el legislador pueda 'limitar' un derecho creado por la Constitución" y percibir con mayor claridad "la contribución del legislador a la definición de los derechos"<sup>1329</sup>. Pues bien, tal planteamiento debe, a nuestro modesto entender, ser rechazado. Por lo

1327 STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7º.

1328 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales* ..., cit., p. 40.

1329 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales* ..., cit., p. 39.

pronto, hay que señalar que no es ningún absurdo, ni real ni puramente aparente, que el legislador limite los derechos fundamentales "creados" por la Constitución, pues es también ésta la que autoriza esa limitación, algo fácilmente comprensible para cualquiera que sea consciente de la, por lo demás insuprimible, necesidad impuesta por la convivencia (que no mera coexistencia) social de cohonestar la libertad de cada individuo con la de los demás, así como de la no menos ineludible vinculación social de los derechos fundamentales, que impone su sacrificio en ocasiones en aras del logro de determinados intereses comunes, generales o comunitarios. Y ello no supone ignorar en modo alguno, por cierto, la contribución del legislador a la "definición" de los derechos fundamentales, porque cuando el legislador limita un derecho también está contribuyendo a definirlo y está introduciendo en la vida social sus propias concepciones políticas, por más que éstas tengan, por la propia naturaleza de los derechos fundamentales, un campo de juego más estrecho que en otros campos. Es justamente el carácter inexorablemente cambiante por naturaleza de la realidad social, así como la necesaria existencia de un campo de juego para las distintas políticas de los derechos fundamentales lo que explica que no sea la propia Constitución la que establezca tales límites de manera directa en todos los casos. Para posibilitar un cierto campo de juego según las distintas concepciones políticas y, sobre todo, para permitir una adaptación de la regulación de los derechos fundamentales a la realidad política, social y económica de cada momento es por lo que se abre un cierto campo, de importancia nada desdeñable, para la actuación de normas de rango inferior a la Constitución, pues sería indeseable que fuese la propia Constitución la que fijase de manera directa en todos los casos los límites a los derechos fundamentales con la consecuencia de rigidez y congelación normativa que ello llevaría consigo. Naturalmente que ello ni significa ni puede en absoluto significar una desconstitucionalización, o algo semejante, de los derechos fundamentales. Significa simplemente que la Constitución protege un contenido esencial de los derechos fundamentales; y una restricción del contenido inicial (ámbito normativo o tipo iusfundamental) que no vulnere ese contenido esencial es una restricción que resulta admisible y puede establecer el legislador, sin que ahora sea preciso entrar en qué debe entenderse por contenido esencial. La diferenciación entre delimitación y limitación es, desde este punto de vista, en un principio clara, pues, como señalan García de Enterría y Fernández, en sucinta exposición, "la delimitación de un derecho es, en efecto, fijar su 'contenido normal', señalar límites o fronteras a su extensión, que no puede ser nunca ilimitada; por el contrario, la limitación de un derecho opera sobre ese contenido normal, para restringir sus posibilidades de ejercicio"<sup>1330</sup>.

Pero hay una profunda razón de ser de la diferenciación entre la "delimitación" del derecho fundamental y su limitación o restricción a través de la "intervención" en el mismo. Y es la propia protección de los derechos

---

<sup>1330</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso...*, cit., tomo II, p. 153.

fundamentales y su "mayor valor" o "valor preferente" en nuestro ordenamiento constitucional, donde la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1) y la dignidad de la persona y los derechos que le son inviolables son, entre otros, fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). La diferenciación no es nada más, pero tampoco nada menos, que una técnica propia del Estado de Derecho para diferenciar y separar, dentro de las actuaciones de los poderes públicos, aquéllas que "intervienen" en el derecho fundamental restringiendo las posibilidades ofrecidas inicialmente por el mismo a su titular y aquellas otras que simplemente desarrollan el derecho, precisan su contenido, articulan su defensa o establecen cauces procedimentales para su ejercicio. Y se separan unas actuaciones y otras para someter a las primeras a unas cautelas especiales a través de las cuales se exige una justificación particularmente rigurosa de las mismas a través de la aplicación del principio de proporcionalidad (y, en la medida en que exprese algo diverso a éste, a través de la barrera última que es el contenido esencial de cada derecho fundamental), su previsión en la ley (aunque ello es también una exigencia para la "delimitación" de los derechos fundamentales), la generalidad de dicha ley, y la mediación como regla general del poder judicial para actualizar concretas limitaciones. Y por supuesto, subyace también a esta diferenciación el esquema, propio de tantos ámbitos jurídicos, que contrapone una regla y una excepción, siendo aquí la regla la libertad y la excepción cualquier restricción o recortamiento de aquélla<sup>1331</sup>, principio éste que resulta básico y en el que se sustenta, sin más, todo sistema constitucional moderno y que, por supuesto, es también el pilar básico de nuestro sistema jurídico, y así la Constitución proclama a la libertad como valor superior del entero ordenamiento jurídico y lo hace, además, en su mismo pórtico (art. 1.1 CE).

Pues bien, todo este sistema cuidadosamente construido en una larga evolución del Estado de Derecho en Europa se pone en peligro de saltar por los aires a través de las concepciones estrechas de los derechos fundamentales (por lo menos, las de gran grado de "estrechez", dicho sea sin ningún tipo de connotaciones negativas, como las que hemos visto) o a través de teorías que den un amplio campo de juego a los llamados límites inmanentes a los derechos fundamentales. Por todo ello, debe rechazarse la concepción estrecha de los derechos fundamentales, así como la existencia de una categoría de límites inmanentes a aquellos. Como ya hemos visto, no responde nuestra jurisprudencia constitucional a una concepción estrecha, sino amplia del tipo o ámbito normativo de los derechos fundamentales. Y es que la propia composición del Tribunal Constitucional contribuye sin duda a poner de relieve la necesidad de una interpretación de este tipo, en cuanto que cualquier concepción estrecha parte necesariamente de un acuerdo respecto de que el "ámbito recortado" no pertenece al derecho fundamental y ello es más difícil que se logre

---

1331 "La libertad es la regla; la limitación es, en cambio, la excepción, que, como tal, hay que interpretar restrictivamente". Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso...*, cit., p. 114.

cuando seis magistrados (o, en su caso, doce) tienen que estar conformes, por lo que cualquier recorte del ámbito inicialmente protegido del derecho habrá de poder ser discutido y habrá de ser rigurosamente motivado o, cuando menos, habrán de permanecer abiertos los cauces para ello, algo que sólo permite una concepción amplia de los derechos fundamentales en la que los casos “claros”, por claros que sean, siempre pueden llegar a ser discutidos a través de la argumentación jurídica.

Se plantea también, por último, la cuestión en nuestro Derecho constitucional de si son límites inmanentes ciertas cláusulas formuladas de manera explícita en el texto constitucional y que no se formulan expresamente como límites, pero vienen a reducir el ámbito inicialmente protegido del derecho fundamental, sino que se contienen en el mismo precepto que proclama el derecho y a modo de definición complementaria del derecho fundamental. Esta parece ser la postura de nuestro TC. Así, con respecto al caso prototípico de estas que podemos llamar “cláusulas de restricción conceptual”, la que se refiere al derecho de reunión “pacífica y sin armas”, el TC ha sostenido que las reuniones no pacíficas o con armas “resultan excluidas del derecho de reunión” por la Constitución, de manera que en caso de reunión no pacífica “no cabría otra alternativa que su prohibición, puesto que se trataría de una acción ajena o no integrada en el referido derecho”<sup>1332</sup>. Esto no es correcto, pues, de un lado, la opción por la técnica de incorporar los límites explícitos a la definición misma del derecho no tiene otra explicación, como Rubio Llorente ha destacado, “que la puramente estilística”<sup>1333</sup> y, por otro lado, no siempre resultará claro qué se entiende por “armas”<sup>1334</sup> o por reunión “pacífica” y de ahí justamente

---

1332 STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º. Y también en la doctrina se las suele concebir como una delimitación del derecho fundamental a estas cláusulas y no como un límite al mismo. Así, por ejemplo, Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, cit., p. 236, n. 308, abogando por distinguir los límites explícitos de las previsiones constitucionales que delimitando el contenido de un derecho fundamental sirven para excluir su presencia.

1333 Francisco Rubio Llorente, “La configuración...”, cit., p. 1331.

1334 Pensemos, por ejemplo, en unos asistentes a una manifestación que portan muchas pilas, objeto que ni es un arma ni un medio o instrumento peligroso en sí mismo, pero que sin embargo todos los asistentes a una reunión utilizan sistemáticamente para arrojarlas a unos policías. Aquel que se pruebe que arrojó pilas, concurrirá a una reunión no pacífica, pero ¿quid del que es detenido portando pilas pero no se demuestra su uso?, ¿podría considerarse que porta armas? Cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de febrero de 1998, que parece estimar, aunque un tanto ambiguamente, que las pilas no son armas *por no constar en el caso enjuiciado la finalidad de su tenencia* a diferencia del caso que proponemos nosotros. Es sabido, por otra parte, que el TS interpretó tempranamente el concepto de armas en un sentido normativo formalista respecto de los policías, de manera que al estar siempre éstos en servicio y tener que portar armas, no podrían manifestarse, interpretación luego superada por el propio TS pero que es suficientemente expresiva de que la interpretación del concepto de “armas” suscita múltiples cuestiones poco claras u oscuras, que por ello han de ser resueltas en el nivel de los límites al derecho de reunión, y no a través de una mera subsunción en el nivel del ámbito normativo o tipo del derecho fundamental.



que nuestro Código Penal (CP) castigue a “los asistentes a una reunión o manifestación que porten armas *u otros medios igualmente peligrosos*”, lo que supone realizar una interpretación amplia del concepto constitucional “armas” en el art. 21 CE, interpretación quizás constitucionalmente posible (como también lo era la más amplia del Código Penal de 1973), pero desde luego no la única posible, por lo que nada impediría que el legislador reformase el vigente art. 514.2 CP suprimiendo la coletilla final arriba destacada o incluso interpretase restrictivamente el concepto de armas, ciñéndolo específicamente a unas determinadas o más peligrosas. Piénsese también, en lo que se refiere a las reuniones no pacíficas, que el CP castiga a “las personas que, con ocasión de una reunión o manifestación, realicen actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades”<sup>1335</sup>, pero sin que parezca que nada pueda impedir que el legislador extienda la pena a quien aprovecha la reunión para amenazar, coaccionar, cometer delitos contra el honor o ejercer violencia contra animales (conductas ya sancionadas penalmente en cualquier caso)<sup>1336</sup>. Los supuestos más o menos dudosos de si se asiste con armas a una reunión o de si ésta es o no pacífica hablan a favor de tratar la exigencia de reuniones “pacíficas” y “sin armas” como una cuestión de límites al derecho fundamental, que haya que argumentar y justificar constitucionalmente, y no resolver tan importantes, y potencialmente cuestionables, supuestos a través de la exclusión sin más, y en bloque, de tales supuestos del ámbito del derecho, a través de su restricción conceptual apriorística.

### III.- LA INTERVENCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por intervención en los derechos fundamentales puede entenderse cualquier actuación positiva (acto administrativo, vía de hecho, resolución judicial o norma) u omisión de los poderes públicos españoles a través de la que se produzca un recorte en el ámbito normativo inicialmente protegido por un derecho fundamental (su “tipo” o contenido). Para que exista intervención en un derecho fundamental hay que determinar previamente que tal derecho fundamental es de aplicación al supuesto de hecho de que se trate, pues sólo si es aplicable cabe lógicamente que haya una intervención en el mismo. Esta simple definición ha de ser desmenuzada y explicada con mayor detalle y al hilo de tal examen más en profundidad, ha de ser también matizada. Ha de

---

1335 Se trataría de reuniones excluidas del ámbito normativo del derecho de reunión según el TC (“Las reuniones no pacíficas –y así deben considerarse cabalmente aquellas en que los participantes llevan a cabo actos violentos”: STC 66/1995, de 8 de mayo).

1336 Por ejemplo, el TC trata la cuestión de la interrupción del tráfico por las personas reunidas desde la perspectiva de los límites del derecho de reunión: STC 42/2000, de 14 de febrero y ATC 176/2000, de 12 de julio y ello pese a que según su propia doctrina quedaría excluido de derecho de reunión todo supuesto de empleo de violencia física o incluso moral con alcance intimidatorio para terceros (STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 5º, aunque un tanto ambiguamente).

hacerse constar igualmente que, aunque a continuación nos refiramos a la jurisprudencia constitucional sobre diversos aspectos de esta categoría, lo cierto es que la misma no ha sido asumida por nuestro TC ni por nuestra jurisprudencia ordinaria, como tampoco por nuestra doctrina, que hasta donde conocemos en ningún caso ha aplicado esta categoría, como tampoco el llamado nivel escalonado de examen de los derechos fundamentales, a ningún derecho fundamental en particular, pese a que el concepto de "injerencia" en el CEDH y su aplicación por el TEDH daría por sí solo cierta base para ello, al menos en el caso de algunos derechos fundamentales. Con las limitaciones que derivan de lo anterior, la definición de "intervención" en los derechos fundamentales puede precisarse, desmenuzando sus diversos componentes<sup>1337</sup>, de la siguiente manera:

### 1.- "Actuación u omisión"

Es indiferente que la lesión del derecho fundamental se produzca a través de una actuación o a través de una omisión, si bien en este último caso con importantes matices cuando la omisión se imputa al legislador. En cualquier caso, debe existir una actuación u omisión, pues los jueces y tribunales, y en particular el TC, no pueden "pronunciarse sobre meras hipótesis o sobre alegaciones que sólo contienen supuestos de hechos no producidos"<sup>1338</sup>. Lo que no existen es espacios vedados al control del respeto a los derechos fundamentales pues, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, habría sido "ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de 'acto político' se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista

---

1337 No nos referiremos aquí a la subsidiariedad, pues la misma es un requisito de la acción de amparo ante el TC, pero no un requisito constitucional, obvio es decirlo, de la intervención en el derecho fundamental, sino sólo presupuesto para que el TC pueda conocer de una pretendida lesión (intervención) en un derecho fundamental. Este requisito, por otra parte, es interpretado, en palabras del TC que en términos generales responden a su praxis, con "un marcado carácter flexible", reconociendo legitimación para el amparo constitucional a los litisconsortes ausentes en el proceso que sufran el gravamen en la última sentencia recaída en la vía judicial ordinaria. Por todas, véase STC 140/1997, de 22 de julio y doctrina allí citada.

1338 Concretamente, respecto del proceso constitucional de amparo, dice el TC que el mismo sólo puede tener como objeto actos realmente producidos e imputados a alguno de los poderes públicos a los que se refieren los arts. 41.2 y ss. LOTC. STC 68/1985, de 27 de mayo, FJ 5º.

de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho [ ] Por el contrario, y por sí alguna duda pudiera caber al respecto, la Ley señala -en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplía que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes". Sentado lo anterior, nos referimos a continuación a las diversas modalidades que puede presentar esa actuación *lato sensu* (incluidas las omisiones):

A) Un acto administrativo. Según el art. 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el recurso contencioso-administrativo "es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos" y este artículo es de aplicación no sólo al recurso contencioso-administrativo ordinario, sino también al proceso sumario de protección de los derechos fundamentales en vía administrativa que regulan los arts. 114 ss. de la Ley. Y también el art. 43.1 LOTC contempla a los actos administrativos como objeto del amparo ante el TC. Por otra parte, el TC tiene señalado que no cabe excluir ninguna clase de acto administrativo del control judicial, pues la exclusión de todo control judicial de un acto administrativo supondría crear "un sector de inmunidad administrativa", algo que es incompatible con los arts. 24.1 y 106.1 CE, incluso en el caso de los actos electorales<sup>1339</sup>. Incluimos, pues, dentro del concepto de actuación administrativa todos los actos expresos o implícitos de la Administración, así como los tácitos y los presuntos (silencio administrativo)<sup>1340</sup>, y sean actos definitivos o de trámite; también, por supuesto, los actos de ejecución material (por ejemplo, actuaciones de la Guardia Civil para el derribo de unas obras en ejecución de una resolución municipal<sup>1341</sup>). Sobre esta base, y entrando ya en el campo de los ejemplos, podemos decir que se considera, por

---

1339 STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 3º, por la que se resuelve una cuestión interna de constitucionalidad planteada al resolver un recurso de amparo por medio de la STC 103/1996, de 11 de junio.

1340 Actos implícitos son, según Gómez Puente, las declaraciones que se infieren o son presupuesto de otro principal expresa. Actos administrativos tácitos son las declaraciones jurídicas que no se exteriorizan por el cauce formal habitual (la resolución expresa en el curso o al final de un procedimiento administrativo) sino por un comportamiento concluyente de la Administración (*facta concludentia*), frecuentemente por su actitud silente, tratándose de excepciones a la regla de que la voluntad de la administración sólo puede manifestarse y formarse a través del procedimiento administrativo, pero que en ocasiones la ley autoriza expresamente. Sobre ello, véase Marcos Gómez Puente, "La impugnación jurisdiccional de la inactividad administrativa", REDA, núm. 107, julio-septiembre 2000, pp. 334.

1341 SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 1º y 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 2º.

ejemplo, que hay una intervención en el derecho fundamental a la integridad física, y concretamente en la salud personal como uno de sus componentes, en el caso de una orden a un recluso de someterse a unas sesiones de rayos X por razones de seguridad y orden<sup>1342</sup>. También hay una intervención en el derecho fundamental a la intimidad en el caso de órdenes impartidas a un preso de desnudarse y hacer unas flexiones<sup>1343</sup>. Se aprecia una intervención en el derecho fundamental a la vida en la negativa de excarcelación de una persona que sufre una enfermedad grave e incurable en cuya evolución incide desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente por cuanto acorta así la duración de su vida<sup>1344</sup>. También puede ser una intervención en un derecho fundamental el "acto administrativo por el que se hizo pública la relación de aspirantes que habían superado [... un] proceso selectivo" para acceder a la función pública<sup>1345</sup>.

B) Vía de hecho<sup>1346</sup>. La vía de hecho surge como consecuencia de que, al depender la legitimidad del empleo de la coacción de la existencia de una cobertura legal suficiente, si tal cobertura no existe, si la cadena de legalidad (norma habilitante-acto previo-ejecución material) se rompe totalmente, el empleo de la coacción administrativa constituye una vía de hecho, indigna de toda protección, y lleva consigo la reducción de la administración actuante a la misma condición jurídica de las personas privadas, de forma que sus actuaciones podrán ser controladas no sólo por las normas y procesos de Derecho administrativo, sino también, como un *plus* de garantía, por los de Derecho Común. El concepto de vía de hecho, que el TC define como aquellos "actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración, faltos de cobertura legal y de cobertura concreta en un título jurídico"<sup>1347</sup>, es una construcción del Derecho administrativo francés, en el que tradicionalmente se distinguen dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (*manque de droit*) o lo haya hecho sin observar los procedimientos establecidos en la norma que le ha atribuido ese poder (*manque de procedure*) y aunque inicialmente operaba el instituto en el ámbito de la propiedad y los derechos patrimoniales, donde

1342 STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3º.

1343 STC 57/1994, de 28 de febrero, FFJJ 6º y 7º. Incluso tratándose de una relación de sujeción especial, "una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona", salvo que exista la "necesaria justificación" "y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad" (FJ 7º).

1344 STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3º. Se rechaza en la sentencia expresamente la argumentación del Auto de la Audiencia en el sentido de que la "estancia" en prisión no constituiría "un peligro seguro para su vida" y se afirma, por el contrario, que la negativa de excarcelación por virtud de tal Auto "introduce un factor de riesgo para la integridad física y aun para la vida del enfermo".

1345 STC 83/2000, de 27 de marzo, FJ 1º.

1346 Véase, Ignacio Sevilla Merino, *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, con prólogo de José María Boquera Oliver, Civitas-Generalitat Valenciana, Madrid, 1992, en especial pp.156 ss.

1347 Así, STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 1º.

sigue teniendo su expresión más acabada, posteriormente se ha extendido a todos los supuestos posibles y en especial a los derechos fundamentales<sup>1348</sup> hasta constituir una sanción general para todos los casos de actuación material irregular de la Administración (arts. 93 y 101 LPA y STS 8 junio de 1993, LPJDF y 43.1 LOTC). El art. 25.2 de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que son controlables por tal jurisdicción "actuaciones materiales (administrativas) que constituyan vía de hecho". Así pues, como dicen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>1349</sup>, a quienes seguimos en estas líneas, el concepto de vía de hecho comprende en la actualidad todos los casos en que la Administración Pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico (inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura) y aquellos otros en los que el cumplimiento de una actividad material de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública (irregularidad o exceso en la propia actividad de ejecución), si bien excepcionalmente también cuando, sin haber pasado todavía la Administración al terreno de la ejecución material, ha manifestado de modo indubitado su propósito de hacerlo inmediatamente. Así por ejemplo, estamos ante una vía de hecho en el caso de que una Junta Electoral de Zona solicite irregularmente por teléfono la hoja histórico-penal de una persona, y el Registro Central de Penados y Rebeldes la remita sin "precaución alguna y al margen del procedimiento legalmente establecido"<sup>1350</sup> y ello al margen de que en el caso concreto la hoja se remitiese en blanco por carecer de antecedentes penales.

C) Resolución judicial. Aquí deben distinguirse dos tipos de supuestos, a los que enseguida nos referiremos más en detalle: a) aquellos de intervención "directa" por la resolución judicial en los derechos fundamentales: por ejemplo, cuando los jueces o tribunales inadmiten un recurso<sup>1351</sup> o "cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras"<sup>1352</sup> o cuando autorizan una entrada y registro en un domicilio u ordenan una extracción de sangre; b) los supuestos en que la resolución judicial no repara una intervención pretendidamente ilegítima en un derecho fundamental, por lo general sustantivo, por parte de un particular (eficacia indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*: por ejemplo, una resolución judicial que valora como prueba de cargo en un proceso de despido (intervención indirecta en el derecho fundamental) una prueba

---

1348 La extensión a las libertades públicas se remonta al arrêt "Société Immobilière Saint-Just" (evacuación y cierre gubernativo de la sede de una congregación religiosa) de 1902, seguido luego por el arrêt "Action Française" (secuestro gubernativo de un periódico) de 1935 y el arrêt "Dame la Muerte" de 1952 (detención sin mandato judicial y malos tratos).

1349 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, pp.796 ss.

1350 STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8º.

1351 STC 68/2000, de 13 de marzo, FJ 1º.

1352 STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 6º.

obtenida por medio de un circuito cerrado de televisión por el que la empresa grababa el puesto de trabajo del empleado afectado (intervención directa en el derecho fundamental a la intimidad)<sup>1353</sup>.

D) Norma legal o reglamentaria. La intervención en el derecho fundamental puede deberse directamente a una norma legal o reglamentaria o bien sólo indirectamente tener su origen en tal norma legal o reglamentaria y, sea cual sea el caso, es doctrina reiterada del TC, desde las SSTC 167/86 y 193/87, que "el recurso de amparo [ante el TC] no permite una impugnación abstracta de disposiciones generales que conduzca, en su caso, a una declaración de nulidad con efectos *erga omnes*, al margen y con independencia de la existencia o no de una lesión concreta y actual de un derecho fundamental", es decir, una nulidad con independencia de sus efectos sobre la esfera de los intereses del recurrente en amparo. Dicho de otro modo, sólo procederá el examen de la constitucionalidad de las disposiciones generales en vía de amparo ante el TC "en cuanto *prius* necesario para determinar si se han violado derechos fundamentales protegibles en esta vía" <sup>1354</sup>.

E) Una inactividad (administrativa, judicial o legislativa)<sup>1355</sup> consistente en la omisión de una condición debida que venga exigida por un derecho fundamental. En primer lugar, y con respecto a la inactividad administrativa, debe decirse que no nos referimos aquí al silencio administrativo o inactividad administrativa formal<sup>1356</sup>, que hemos comprendido dentro de la actividad administrativa, y ello porque en el caso del silencio administrativo, bien porque el mismo tenga la eficacia estimatoria de un verdadero acto (silencio positivo), bien porque tenga los efectos procesales propios de una desestimación (silencio negativo), se finge de algún modo la existencia de un acto administrativo, por más que no sea más que un acto ficticio. Aquí nos referimos a la inactividad "material" de la Administración, y al respecto debe destacarse que el art. 25.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), establece de manera expresa y novedosa el carácter controlable de tal inactividad<sup>1357</sup>, lo que es predicable tanto del recurso contencioso-administrativo ordinario como del proceso sumario de protección de los derechos fundamentales que dicha Ley regula en sus arts. 114 ss. No obstante, debe decirse que el citado art. 25.2 LJCA establece la impugnabilidad de la inactividad de la Administración "en los términos establecidos en esta Ley" y el art. 29 LJCA establece que: a) "cuando la Administración, en virtud de una

1353 STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 1º.

1354 STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4º.

1355 Marcos Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

1356 No obstante, hay supuestos de inactividad formal que no se resolverían por la técnica del silencio administrativo, en contra de lo que parece haber pensado el legislador. Así lo sostiene Marcos Gómez Puente, "La impugnación...", cit., p. 336, n. 11.

1357 Antes de esta Ley, no obstante, la inactividad material se controlaba convirtiéndola en inactividad formal a través de la técnica del silencio administrativo.

disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración"; b) "Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el art. 78". De ello resulta que es impugnabile sólo la inactividad de la Administración: a) que se refiera a obligaciones establecidas bien en una norma que no precisen actos de aplicación bien en actos administrativos, contratos o convenios y que tengan por contenido una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas; b) cualquier inactividad de ejecución de actos administrativos firmes, incluidos, por supuesto, los actos administrativos obtenidos por silencio administrativo. No obstante, la jurisprudencia, a la luz de los arts. 24 y 106 CE entre otros, habrá de entender latamente, y quizás extender, las posibilidades de control de la inactividad administrativa<sup>1358</sup>.

---

1358 Es significativo, por otro lado, y para comprender la extensión que puede tener el control de la inactividad administrativa material, aludir a la STS de 18 de julio de 1997 (Sala Tercera) en la que, con relación al atentado de ETA en un determinado hipermercado de Barcelona el 19 de junio de 1987, se señala que no existe ciertamente "nexo causal directo entre la actividad administrativa y los daños y perjuicios producidos, pues éstos fueron, como apunta el Consejo de Estado, 'obra directa de los terroristas'", lo cual, sin embargo, no impide reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración, que da lugar a una indemnización distinta y compatible del resarcimiento de las víctimas del terrorismo prevista en la legislación especial. El presupuesto básico para reconocer tal responsabilidad vino dado por la apreciación en el caso de una "conducta omisiva" de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que tienen como misión constitucional garantizar la seguridad ciudadana, al haber una cierta relación de causalidad entre la constatada conducta omisiva. Por no adoptarse las debidas precauciones (que pudieron, en su caso, aminorar los efectos nocivos), y el dramático desenlace" que justifica la imputación de los daños producidos a la Administración, en razón de la "conurrencia de ese nexo causal entre el daño cuya reparación se pretende y el funcionamiento defectuoso del servicio público", sin que resulte aplicable la jurisprudencia según la cual la Administración queda exonerada de responsabilidad patrimonial en los supuestos de acontecimientos imprevisibles e inevitables, pues no sería éste el caso: STS de 18 de julio de 1997, Sala Tercera, Fundamento de Derecho 4º. En concreto, la conducta omisiva de la Policía se describe en el Fundamento de Derecho 3º: "se produjo una cierta pasividad o por mejor decir conducta omisiva de las Fuerzas de Seguridad -a buen seguro determinada por la subjetiva impresión de que se trataría de una simple alarma, como tantas otras veces, pues nunca se había intentado con anterioridad, en actuación indiscriminada contra establecimientos mercantiles-, en cuanto la Policía no consideró conveniente o factible la evacuación del edificio ni se impidió la entrada de

En cuanto a la omisión judicial<sup>1359</sup>, el ejemplo más evidente viene dado por la llamada "incongruencia omisiva", que consistiría *grosso modo* en no dar respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes<sup>1360</sup>, así como por la omisión de motivación, especialmente cuando se ve afectado algún derecho fundamental sustantivo<sup>1361</sup>.

Por último, y con relación a la omisión legislativa, hay que precisar que sólo excepcionalmente puede consistir la intervención en una omisión del legislador, algo que es más probable que ocurra allí donde exista una obligación o deber de protección iusfundamental, esto es, derivado de un derecho fundamental o cuando se trate de aspectos de un derecho fundamental que requieran inexcusablemente para su eficacia de una regulación legislativa. Así, con relación a la televisión por cable, señala el TC: los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos, pero lo que no puede hacer el legislador es diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) CE, pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, [...] no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación". Y es que "en lo que atañe a derechos fundamentales<sup>1362</sup> de libertad, [no] puede el legislador negarlos por la vía

---

vehículos al aparcamiento ni en fin acudió el Servicio de detección de explosivos, a pesar de que según los Bomberos eran suficientes para el desalojo del recinto diez minutos, lo cual puede interpretarse, al modo que lo hace la Sala de instancia, que no se adoptaron las debidas precauciones, máxime cuando la explosión se demoró desde las 15.40, límite superior señalado por los terroristas y en cuyo momento se reintegró al servicio normal una de las dos dotaciones policiales, hasta las 16.08". Otra sentencia de contenido idéntico parece ser la comentada por José Antonio Domínguez Luis, "Responsabilidad patrimonial y acción terrorista: concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 31 de enero de 1996)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, abril-junio 1996, pp. 285 ss.

1359 En realidad, en los casos de omisión judicial habrá siempre una resolución judicial y, en este sentido, un acto positivo, por lo que los supuestos de omisión judicial estarían cubiertos por el apartado dedicado a las resoluciones judiciales, pero parece oportuno, pese a ello, su estudio separado aquí.

1360 STC 113/1999, de 14 de junio, FJ 2º, distinguiendo entre la incongruencia omisiva, la *extra petita* y la llamada (ya desde la STC 28/1987) incongruencia por error, que es resultado de la concurrencia de los dos tipos anteriores de incongruencia (el órgano judicial no resuelve sobre la pretensión planteada en la demanda o motivo del recurso, sino sobre otra absolutamente errónea).

1361 Cfr. STC 75/2000, de 27 de marzo, FJ 5º.

1362 Pero también con relación a los derechos de configuración legal ha sentado el TC una importante doctrina: siendo el derecho a la tutela judicial efectiva, no un derecho de libertad, ejercitable sin más, sino un derecho de prestación que sólo puede ejercitarse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal- pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo



de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados *ex Constitutione*, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 CE"<sup>1363</sup>.

## 2.- "(Actuación u omisión) de los poderes publicos españoles"

Para que exista una intervención en un derecho fundamental que pueda examinarse para determinar su legitimidad constitucional es preciso que la actuación u omisión de que se trate sea imputable a un poder público español. Ello plantea un triple orden de cuestiones:

(1) En primer lugar, la de la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales, pues si la intervención ha de proceder de un poder público parece descartarse toda posibilidad de eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Sin embargo, ello no es así en virtud de la doctrina del Tribunal Constitucional de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales en los actos *inter privatos*. Nos referiremos brevemente a la misma.

El TC parte de la concepción de los derechos fundamentales como "derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos"<sup>1364</sup>. Pero el TC, siguiendo de cerca la jurisprudencia y doctrina alemanas, va a matizar o aclarar esta doctrina en un doble sentido: a) por un lado, los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos de los ciudadanos que garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, son al propio tiempo "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución"<sup>1365</sup>; y b) aclarará el TC: "Ciertamente, el art. 53.1 del Texto Constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 60), 'en un Estado social de Derecho no puede

---

a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio sólo por ley puede regularse (art. 53.1 CE)". STC 99/1985, FJ 5º.

<sup>1363</sup> STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7º.

<sup>1364</sup> "Se deduce así, sin especial dificultad, del art. 10 CE, que, en su ap. 11, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su ap. 21, los conecta con los llamados derechos humanos". STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1º.

<sup>1365</sup> STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5º.

sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social"<sup>1366</sup>.

Estos dos aspectos están íntimamente ligados pues es, sin duda, como consecuencia de la naturaleza bifronte, o doble naturaleza, de los derechos fundamentales ex artículo 10.2 CE, que se afirma por el TC la posibilidad de que los derechos fundamentales tengan como destinatarios no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares. El TC ha sido reacio hasta ahora a hacer pronunciamientos generales sobre este punto, lo que sin duda se explica en buena medida porque el art. 41.2 LOTC establece que el amparo protege sólo frente a vulneraciones de los derechos fundamentales causadas por los poderes públicos. Con todo, el TC ha reconocido expresamente la posibilidad de que determinados derechos fundamentales tengan eficacia frente a terceros. Así lo ha afirmado, específicamente, respecto del derecho a la igualdad y no discriminación<sup>1367</sup>, la libertad religiosa<sup>1368</sup>, los derechos a la intimidad<sup>1369</sup>, a la propia imagen<sup>1370</sup>, al honor<sup>1371</sup>, la libertad informática<sup>1372</sup>, las libertades de expresión<sup>1373</sup> e información<sup>1374</sup>, el derecho de reunión<sup>1375</sup>, el derecho de asociación<sup>1376</sup>, el secreto de las comunicaciones<sup>1377</sup>, la cláusula de conciencia<sup>1378</sup>, etc. Pero lo importante ahora es destacar que el TC reconoce una eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros o entre particulares con tres rasgos: a)

1366 STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4º.

1367 Las relaciones entre particulares, si bien con "ciertas" e "importantes" matizaciones, "no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el artículo 1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas". STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4º; STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5º.

1368 STC 19/1985, de 13 de febrero.

1369 SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 142/1993, de 22 de abril; 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 2º; 98/2000, de 10 de abril, FJ 6º.

1370 STC 170/1987, de 30 de octubre.

1371 STC 49/2001, de 26 de febrero.

1372 STC 202/1999, de 8 de noviembre.

1373 SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 88/1995, de 19 de julio; 126/1990, de 5 de julio.

1374 STC 6/1988, de 21 de enero.

1375 SSTC 36/1982, de 16 de junio; 91/1983, de 7 de noviembre.

1376 Según nuestro TC, una de las materias reservadas al legislador estatal respecto de este derecho es la fijación del alcance de su eficacia inter privados: STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8º.

1377 "[...] sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de 'comunicación', la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma": SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4º y 175/2000, de 26 de junio, FJ 4º.

1378 STC 199/1999, de 8 de noviembre.

limitada, pues no se extiende a todos los derechos fundamentales y así, no abarca, por su propia naturaleza, el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1379</sup>, al derecho al acceso a funciones públicas o al derecho a la objeción de conciencia; b) matizada, pues "en el ámbito de las relaciones privadas [...] los derechos fundamentales [...] han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica"<sup>1380</sup>; c) mediata o indirecta<sup>1381</sup>, esto es,

---

1379 STC 18/1984, FJ 6º. Con posterioridad, sin embargo, se ha venido a admitir una excepción con respecto a la llamada garantía de indemnidad en el ámbito laboral- el empresario viola el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador si adopta represalias ante el ejercicio por parte de éste de su derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 14/1993 y 54/1995). También se plantea, por ejemplo, si es posible en el caso de la imposición obligatoria de la renuncia a la tutela judicial efectiva en los estatutos de las federaciones deportivas. Ignacio Díez-Picazo Giménez, "Artículo 24...", cit., p. 33.

1380 Y así, por ejemplo, el principio de igualdad se halla, en el ámbito de las relaciones laborales, "sometida a importantes matizaciones", de manera que "el artículo 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen al acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa". Sólo si la diferencia de trato posee "un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores" podrá considerarse vulneradora de la igualdad constitucionalmente protegida. STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5º. Y respecto de la limitación de la igualdad a través de los convenios colectivos, véase la STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4º: "El principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación, global y genérica, del principio de igualdad, en la medida en que da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación de condiciones de trabajo. El Convenio Colectivo es por definición una norma 'sectorial', por lo que la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva (ATC 643/1986, de 23 de julio) [ ] Pero, además, el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para regular las condiciones de trabajo y productividad', y sólo de esa forma podrá decirse que el Convenio es 'expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva' (art. 82 del ET). No puede decirse, por lo tanto, que la distinción dentro del Convenio colectivo sea *per se* contraria al principio de igualdad. Habrá que examinar si la diferencia es o no razonable y si es o no aceptable para el ordenamiento, todo ello a la luz de las consideraciones generales que este tribunal ha hecho sobre el contenido y el alcance del principio de igualdad (STC 67/1988, de 18 de abril, entre otras) y de las consideraciones particulares que aquí se vienen haciendo".

1381 Es la solución no sólo alemana sino también norteamericana por medio de la doctrina de la *state action*, que presupone la naturaleza esencialmente pública de los derechos proclamados en el Bill of Rights y los protege también en las relaciones

la llamada en la doctrina alemana *mittelbare Drittwirkung*<sup>1382</sup>.

Este último aspecto es el que nos interesa especialmente poner ahora de relieve, pues supone, en realidad, que, en nuestro sistema constitucional, toda intervención en los derechos fundamentales sólo puede proceder de un poder público, pues incluso partiendo de que los derechos fundamentales, o algunos de ellos, pueden tener como destinatarios no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares (eficacia entre particulares de los derechos fundamentales), ello no significa que constitucionalmente les sea imputable a esos particulares, de modo directo, una eventual lesión de los derechos fundamentales. Más bien, la lesión de los derechos fundamentales la producirá, en la un tanto artificial construcción del TC (que, por lo demás, no hace sino asumir la conocida doctrina del TCFA sobre este punto), el juez o tribunal que no tutele al ciudadano en su derecho fundamental, lo que implica que, al menos desde la perspectiva judicial de examen, la intervención en los derechos fundamentales en los casos de eficacia de los mismos en las relaciones privadas o entre particulares consistirá en la resolución judicial que no ampare o ignore esa eficacia en cada caso particular.

En concreto, nuestro TC, tras reconocer la posible eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, señalará: "De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos"<sup>1383</sup>. Se considera así a la sentencia o resolución

entre particulares en tanto en cuanto las violaciones de estos últimos puedan de cualquier modo atribuirse al Estado. Alessandro Pace, "La heterogénea...", cit., pp. 25-26. Sobre ello, véase el voto particular formulado por dos magistrados a la STC 231/1988, de 2 de diciembre, poco sustancioso en cualquier caso.

1382 La dimensión procesal del efecto frente a terceros tiene gran importancia pues, como señala Cruz Villalón, "caracteriza de modo muy particular a la eficacia horizontal su inmediata conexión con la cuestión de su garantía y, más concretamente, de su garantía procesal, hasta el punto de que [...] se ha llegado a confundir ambas cuestiones. Esto, que se ha formulado en alguna ocasión como reproche, tiene, sin embargo, una profunda razón de ser, pues la 'Drittwirkung' es bien poca cosa si no puede beneficiarse de las garantías específicas de los derechos fundamentales, en particular de las garantías procesales y más concretamente de la jurisdicción constitucional. Una afirmación de la 'Drittwirkung' que no fuera seguida de su consiguiente reconocimiento como fundamento de una pretensión de amparo sería, en buena medida, una victoria pírrica". Pedro Cruz Villalón, "Derechos fundamentales y Derecho Privado", *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Sevilla, 1987, p. 107. El TC no ha utilizado hasta ahora nunca el término alemán de "Drittwirkung", si bien sí se ha empleado en un voto particular (a la STC 231/1988, de 2 de diciembre), y se utiliza en ocasiones por las partes en sus alegaciones ante el Tribunal, como se deduce de los antecedentes de hecho de las SSTC 45/1989, de 20 de febrero; 178/1989, de 2 de noviembre; 42/1990, de 15 de marzo; 214/1992, de 1 de diciembre y 56/1995, de 6 de marzo.

1383 STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4º.

jurisdiccional por la que se desconoce la eficacia de un derecho fundamental en una relación privada como "primer acto de un poder público al que puede imputársele la posible violación del derecho al no haber amparado tal derecho"<sup>1384</sup>. Y ello se explica porque "la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales", de donde "resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales cuando los poderes públicos han violado tal deber. Esa violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares, cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los jueces y tribunales"<sup>1385</sup>. Así, se lee en la STC 47/1985: "Sin entrar a delimitar aquí hasta dónde alcanza la dimensión entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, esto es, la llamada eficacia respecto de terceros, es claro que el presente recurso no podría ni siquiera existir si en el caso no estuviera involucrado además y después del Centro Docente y su Profesora, algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado, que en este caso es el de libertad ideológica. Tal poder público implicado en este caso es el Magistrado de Trabajo y en cuanto confirmó su sentencia, el Tribunal Central de Trabajo" (FJ 5º).

Con todo, no ofrece dudas que, para que pueda haber una intervención en los derechos fundamentales por un órgano jurisdiccional que pretendidamente no ampara de manera indebida al titular de un derecho fundamental respecto de la actuación de otros particulares, es presupuesto indispensable que la actuación de ese tercero pueda considerarse que interviene en el derecho fundamental. Dicho de manera esquemática, para que pueda entenderse que existe una intervención en el derecho fundamental del particular A por parte de un juez que no le ampara en tal derecho en su ejercicio en el ámbito del Derecho privado, es requisito previo que un particular B haya afectado con su actuación a A en dicho derecho fundamental. De este modo, la ficción de la imputabilidad, por afectaciones de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, a los jueces que indebidamente no amparan a quienes legítimamente han ejercido sus derechos no impide que haya que levantar el velo de esa ficción para constatar que ha existido esa afectación por parte de un particular (B) al derecho fundamental de otro (A). Cuando no exista esta afectación, en ningún caso podrá serle imputable una lesión del derecho fundamental a un órgano jurisdiccional. Así, por ejemplo, en el caso de un Administrador A que envía tres misivas a una serie de comunidades de propietarios gestionadas por otro Administrador B, comparando su propia labor como administrador en otras comunidades de propietarios con la desempeñada por B, al tiempo que ofertaba sus servicios profesionales (que contrataron 5 de las 11

---

1384 STC 47/1985, de 27 de marzo, FJ 1º.

1385 STC 16/1984, de 9 de marzo, FJ 6º.

destinatarias, prescindiendo de los servicios de B), se alegaba por B una afectación de su derecho al honor personal, que habría que ponderar con la libertad de expresión de A, pero el TC, aun partiendo de que el prestigio profesional puede incluirse dentro del concepto de honor, considera que no ha habido afectación alguna del derecho al honor<sup>1386</sup>. Por ello, no puede tampoco haber intervención en el derecho fundamental al honor por parte de los jueces ordinarios que no ampararon al recurrente.

(2) En segundo lugar, se plantea la cuestión de si puede haber una intervención en los derechos fundamentales que sea constitucionalmente enjuiciable y revisable en los supuestos en que la decisión de fondo se ha tomado o se va a tomar en otro país y la actuación de los poderes públicos españoles es meramente de colaboración con autoridades u organismos extranjeros o internacionales (extradición, reconocimiento u homologación de decisiones).

Pues bien, el TC ha tenido ocasión de precisar que, aunque el amparo se circunscribe legalmente a normas, resoluciones, procedimientos o hechos realizados por los poderes públicos españoles, "este principio debe ser interpretado en el contexto de cada caso", sobre todo cuando concurren "circunstancias muy especiales", como las que se darían en el caso de un ciudadano extranjero sobre el que pesa una decisión de extradición, pues en tanto no se materialice la entrega definitiva, los tribunales españoles conservan plenas facultades de decisión sobre aspectos tan fundamentales como la privación de libertad del sujeto o la entrega temporal de éste y aún de la definitiva, por lo que "a dichos órganos ha de serles imputable la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en la medida en que, por la especial naturaleza del procedimiento de extradición, sean conscientes de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, y no la eviten con los medios de que disponen". Por todo ello, la responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. En la medida en que con dicho pronunciamiento se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no es ni puede ser indiferente para las autoridades de éste. Por ello, se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales

---

1386 Pues los escritos litigiosos no emplean ningún calificativo insultante, ofensivo o vejatorio, ni contienen descalificación alguna de la persona del recurrente, ya que ni tan siquiera se dirigen a él personalmente, sino que son juicios genéricos sobre lo que el Sr. [...] considera una incorrecta gestión de las fincas. Son escritos, además, emitidos por un medio apropiado y habitual para hacerlo en las circunstancias concretas del caso, dirigidos por carta a los interesados, sin que conste que se le haya dado otra publicidad al asunto. En consecuencia, no ha habido lesión alguna del derecho al honor. STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 6º.

españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas<sup>1387</sup>. En esta misma línea, señala el TC que la concesión de una extradición para que el extranjero extraditado fuera sometido al cumplimiento de una sentencia condenatoria pronunciada en un proceso en el cual no se hubiera respetado alguno de los derechos fundamentales antes mencionados, sería nula, por contraria a nuestra Constitución, y para ello no sería obstáculo el hecho de que las vulneraciones directas contra los derechos fundamentales se hubieran cometido en otro país [...] pues constándoles a nuestros Tribunales aquellas vulneraciones, no podrían acceder ellos a la extradición sin hacerse autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado"<sup>1388</sup>.

En estos casos nos situamos ante una "intervención indirecta" de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos españoles y ello puede ocurrir tanto en la actuación extraterritorial de las autoridades nacionales<sup>1389</sup>, como también cuando nuestros poderes públicos reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras<sup>1390</sup>. Su fundamento estriba en la "especial fuerza vinculante de los derechos fundamentales que, como bases objetivas de nuestro ordenamiento, se imponen a los poderes públicos de forma incondicionada"<sup>1391</sup>. Ahora bien, considera el TC que el contenido vinculante de los derechos fundamentales no es el mismo cuando tales derechos se ejercen *ad intra* que cuando se proyectan *ad extra*, pues mientras en el primer caso tal contenido vinculante no sería otro que el "contenido esencial" consagrado como límite absoluto por el art. 53 CE, en el segundo caso estaríamos ante un contenido de "validez universal" al que llama el TC "contenido absoluto", contenido que construye el TC en torno al concepto de dignidad humana tanto en lo que se refiere a los derechos abarcados, como a su concreto "contenido absoluto", que hay que definir partiendo del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege "para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los

---

1387 STC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4º.

1388 STC 11/1983, de 21 de febrero.

1389 Declaración del TC de 1 de julio de 1992 y SSTC 21/1997, de 10 de febrero y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 5º: "los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales [...] que al ejercer *ad intra* sus atribuciones", doctrina que es conforme con la sentada por el TEDH: SSTEDH de 26 de junio de 1992 (*Drozdy y Janousek c. Francia y España*) y de 23 de marzo de 1995 (*Loizidou c. Turquía*).

1390 Sobre la extradición, SSTC 11/1983, de 21 de febrero; 13/1994, de 17 de enero; 141/1998, de 19 de junio; 147/1999, de 4 de agosto y 91/2000, de 30 de marzo. Sobre el exequátur, SSTC 43/1986, de 15 de abril; 54/1989, de 23 de febrero y 132/1991, de 17 de junio.

1391 SSTC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4º y 91/2000, de 30 de marzo, FJ

poderes públicos, para lo cual tienen especial importancia la DUDH y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, muy singularmente el CEDH en su interpretación por el TEDH, como se deduce del art. 10.2 CE<sup>1392</sup>. Ese contenido absoluto es sólo el "núcleo irrenunciable" del derecho inherente a la dignidad de la persona<sup>1393</sup> y, como dice Cruz Villalón en su voto particular, para determinar tal "núcleo" hay dos caminos, que el TC utiliza en su sentencia: el nacional y el supranacional o regional.

Con relación a estas "intervenciones indirectas" en los derechos fundamentales, el Presidente Cruz Villalón sostiene, en su voto particular, a nuestro modo de ver con acierto, que tal categoría (a la que tanto él como la sentencia denominan, impropriamente desde nuestra perspectiva, "vulneraciones indirectas") "debe someterse a una relativización determinante cuando estamos ante Estados que, desde hace medio siglo, se encuentran integrados en una misma comunidad de derechos y libertades, entendiendo por tal la integrada por el reconocimiento común de una tabla de derechos y libertades, y sometida efectivamente a un órgano jurisdiccional supranacional al que pueden acceder directa y libremente todas las personas sometidas a la soberanía de los respectivos Estados", en referencia al CEDH y al TEDH.

(3) En tercer lugar, se suscita la cuestión de si hay una intervención en los derechos fundamentales en el caso de una actuación u omisión imputable a un poder comunitario, a lo que debe darse una respuesta negativa, si bien ello a partir de un concepto restringido de lo que por "poder comunitario" deba entenderse, partiendo para ello de una distinción entre las instituciones comunitarias propiamente dichas (o propiamente comunitarias) y los órganos nacionales que, aun actuando como órganos comunitarios, ejecutan el Derecho Comunitario, pues si, por un lado, es "evidente que no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos", por otro lado "es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional", pues la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto

---

1392 STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7º.

1393 STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8º. Con todo ello se muestra de acuerdo Cruz Villalón en su voto particular y, en lo esencial, también Jiménez de Parga en el suyo, al que se adhieren De Mendizábal y Conde. Su discrepancia se dirige, entre otras cosas y más que nada, a la forma en que tal doctrina general se proyecta en el caso concreto sobre el derecho a un proceso justo.



a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español (art. 9.1 CE)<sup>1394</sup>.

**3.- (Actuación u omisión de los poderes públicos españoles) "a través de la que se produce un recorte en el ámbito normativo inicialmente protegido por un derecho fundamental (su tipo o contenido)"**

Aquí debemos referirnos igualmente a diversos aspectos o cuestiones que se suscitan. En primer término, hay que decir que la intervención en el derecho fundamental ha de ser una intervención (lesión, en la terminología empleada por el TC) "materialmente efectiva", ya que cuando se trate de una lesión (intervención) "únicamente posible o hipotética", meramente potencial o previsiblemente futura nos hallaremos ante "una reacción de carácter preventivo frente a la lesión de derechos fundamentales", prematura en la medida en que la lesión todavía no se ha producido<sup>1395</sup>. Así, en el caso de un ciudadano al que se deniega su exclusión, por razones de conciencia, de las listas de candidatos a jurado, no hay una afectación o menoscabo (lesión, según la confusa terminología del TC) directa de su libertad ideológica, en cuanto que a partir de la lista de candidatos ha de realizarse un nuevo sorteo, del que resultarán treinta y seis candidatos a jurados por cada causa señalada en el período de sesiones siguiente y, de entre ellos, todavía habrá que sortear los nueve que finalmente formarán parte del tribunal, por lo que el afectado no ha sido nombrado jurado, sino sólo candidato a ello, y entra dentro de lo posible que no llegue a ser nombrado jurado y, por tanto, no se vea obligado a participar en la formación de un veredicto que eventualmente repugne a su conciencia, pudiendo, además, el afectado plantear sus objeciones de conciencia en el segundo y el tercer sorteo conforme la propia ley prevé<sup>1396</sup>. Tampoco hay una intervención efectiva y

---

1394 STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4º.

1395 Cuestión distinta es que el legislador deba regular todos las posibles intervenciones o afectaciones del derecho. Como se dice en la STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6º: "El legislador, al regular la constitución y funcionamiento de los Tribunales, debe considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría ser contraria a la Constitución una regulación que se despreocupase de la efectividad de la tutela, y, ello aun al margen de si ese riesgo no resultase realizable en todos los casos".

1396 STC 216/1999, de 29 de noviembre, FJ 3º. En los supuestos de impugnación de baremos o bases de convocatorias para el acceso a funciones públicas que se reputan discriminatorias, si los demandantes de amparo participaron en el correspondiente concurso puede considerarse que existe una intervención en el derecho fundamental del art. 14 CE (STC 281/1993, de 27 de septiembre: se examina desde la perspectiva del art. 14, y no del 23, CE porque este último precepto no es de aplicación al personal laboral). En cambio, no hay intervención en el art. 23 CE en el caso de un reclamante de amparo que no concreta la existencia de una modificación de la situación jurídica que hubiese podido resultar de esa violación de los arts. 14 y 23 CE, y que fuese susceptible de amparo; ni explica cómo la declaración de nulidad del baremo incidiría en la protección de sus derechos fundamentales, ni formula una

real, sino a lo sumo potencial, en el caso de un error material en una sentencia inadvertido por el juzgador ordinario que la dictó, cuando el afectado por dicho error no intenta su corrección por los cauces legales ni tampoco da oportunidad a dicho juzgador de interpretar el alcance de su propio pronunciamiento en el correspondiente trámite ejecutivo<sup>1397</sup>. No obstante, debe precisarse que es reiterada doctrina del TC que su función es no sólo reparar, sino también en su caso "prevenir, lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4º; 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4º; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1º; 78/1998, de 21 de abril, FJ 3º)"<sup>1398</sup> y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, al regular el proceso sumario de protección de los derechos fundamentales señala como su finalidad la de "preservar" o restablecer el derecho fundamental de que en cada caso se trate (art. 114).

---

petición concreta en el sentido de que se restableciese a la demandante en la integridad de los derechos presuntamente vulnerados (STC 167/1986); ni en la hipótesis de una persona que no participó en el concurso correspondiente por haber sido excluido del mismo, acatando el afectado esta decisión (STC 93/1990); ni tampoco hay intervención en el caso de un demandante de amparo que no participó en el concurso sin más o, si participó, había solicitado con preferencia otros puestos diversos a aquellos cuya convocatoria se impugna por discriminatoria o, si participó y además solicitó la plaza presuntamente discriminatoria, la obtuvo él finalmente. Por tanto, para que haya intervención en el derecho del art. 23 (o 14, en su caso) es preciso que el reclamante de amparo acredite estar en la triple circunstancia de "haber concursado a una plaza, haberla solicitado con preferencia respecto de las demás y no haberla obtenido", pues, de no ser así, "es imposible hablar de lesión efectiva del derecho garantizado en el art. 23.2 CE, pues sólo en términos hipotéticos, que no reales, cabría plantearse si la también hipotética exclusión, en favor del funcionario que interinamente ocupaba la plaza, deriva o no de la aplicación de unos baremos específicos confeccionados a la medida de los méritos que concurrían en el funcionario interino que finalmente obtuvo la plaza". STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4º.

1397 STC 156/2000, de 12 de junio, FFJJ 2º ss. Esta doctrina lleva al TC, con relación al derecho del art. 24.1 CE, a considerar que los eventuales efectos negativos de los errores de los órganos jurisdiccionales carecen de relevancia constitucional a efectos del amparo cuando el error sea también imputable a la pasividad, desinterés o negligencia de la parte. STC 140/1997, de 22 de julio, FJ 3º.

1398 STC 83/2000, de 27 de marzo, FJ 2º: "el recurso de amparo no existe para garantizar en abstracto la correcta aplicación de los preceptos de la Constitución que recogen y garantizan derechos fundamentales (SSTC 52/1992, FJ 1; 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 78/1997, de 21 de abril, FJ 4; ATC 47/1999, 4 de marzo, FJ 5). Por esta razón este Tribunal ha señalado que 'el recurso de amparo no es *prima facie* un cauce para evitar el reconocimiento de posibles tratos de favor motivados por una errónea interpretación y aplicación de las normas de derechos fundamentales', ya que sólo cuando de tales hechos se derive, al mismo tiempo, un menoscabo de un derecho fundamental de un tercero podrá este Tribunal examinar la actuación de los poderes públicos que se considera contraria a la Constitución (STC 78/1997, de 21 de abril, FJ 4). De ahí que hayamos sostenido que 'la infracción del precepto constitucional es, desde luego, condición necesaria, pero no condición suficiente' (SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2º, 78/1997, FJ 2º) para poder recurrir en amparo ante este Tribunal".

En segundo lugar, y en cuanto a la posibilidad de excluir del concepto de intervención a las denominadas "intervenciones bagatela", que darían lugar, a su vez, a amparos-bagatela parece excluida tal posibilidad por nuestro TC. De manera expresa se sostiene en la STC 163/1986 *que la máxima de minimis non curat praetor no rige* en la jurisdicción constitucional, en particular en materia de derechos fundamentales<sup>1399</sup>. Por ello, no parece que pueda sostenerse entre nosotros la existencia, a nivel de Derecho positivo, de intervenciones bagatela en los derechos fundamentales que queden excluidas de todo control. Sin embargo, si ésta es la perspectiva general del TC, parecen existir ciertos casos en que el TC, aun sin sostenerlo de manera expresa, sigue la doctrina contraria<sup>1400</sup>, según la cual habría intervenciones que, dada la intensidad mínima con que afectan al derecho fundamental, pueden considerarse irrelevantes en materia de derechos fundamentales y no están sujetas al estricto régimen justificador que, en general, rige para toda intervención en un derecho fundamental. Ello podría estar especialmente justificado en el caso del TC, a la luz de la avalancha de amparos que llegan hasta él, o quizás respecto de las exigencias de reserva legal, y ya no tanto respecto de su control por parte de la jurisdicción ordinaria, el menos potencial. En cualquier caso, en este terreno habría que ser especialmente cauteloso y, por ejemplo, no nos parece suscribible la doctrina del TC según la cual las redadas policiales y los cacheos no afectan al derecho a la libertad personal ni al derecho

---

1399 STC 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 1º: pese a la escasa cuantía de la pena y condena en costas, "no podríamos repetir la máxima de que 'de minimis non curat praetor', porque con apoyo en su condición de elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máximas, ya ha dicho este Tribunal que nada de lo que concierna a los derechos fundamentales podrá considerarse nunca ajeno a su competencia ni a su atención".

1400 En la STC 116/1998, de 20 de junio. También en la STC 28/1999 parece que jugaría de algún modo este criterio. Se refería a la facultad judicial, consagrada por la Ley de Propiedad Horizontal, de privar del uso de la vivienda por un plazo máximo de dos años al titular ocupante de la misma y las personas con él convivientes si perturbaban la convivencia de la Comunidad, a instancia de la Junta de propietarios y se cuestionaba la constitucionalidad de tal sanción por parte de una persona a la que se le había impuesto. Estudiada la queja concretamente desde la perspectiva de la libertad de residencia, el TC señala que si bien tal libertad puede llegar a extenderse a fijar la residencia en un vivienda concreta y determinada, tal derecho conoce unos límites, pues el legislador puede limitar el derecho en el marco de la libre configuración de las relaciones civiles (art. 33 CE), o para regular el uso del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 CE) o por otras razones que resulten constitucionalmente admisibles, que para el TC parece que "delimitarían" más que limitarían el derecho, y así entiende que la sanción sujeta a examen no implica "una restricción del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de residencia" y añade, y esto es lo relevante a nuestros efectos: "Máxime cuando la sanción civil impuesta, contemplada específicamente desde la perspectiva de la libertad de residencia, sólo incidiría sobre esta última en un grado extraordinariamente limitado: El ciudadano sigue siendo libre de fijar su residencia en cualquier lugar, con la única exclusión del concreto piso al que se refiere la medida en cuestión". STC 28/1999, de 8 de marzo, FFJJ 7º y 8º, cursiva nuestra.

de circular libremente por el territorio nacional, pues aunque "comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuentemente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía"<sup>1401</sup>; o que, como sostuvo el TC en la STC 341/1993, "la inmovilización de una persona, instrumental de prevención o de indagación" no afecta al derecho del art. 17 CE, con lo que parece aludirse a la práctica de la prueba para verificar la alcoholemia de los conductores de vehículos, a las retenciones y a los cacheos del art. 19.2 LO 1/1992, de 21 de febrero, en contradicción con la doctrina, correcta desde nuestro punto de vista, sentada por el TC en la STC 98/1986, de 10 de julio: "debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin *que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad* (cursiva nuestra), tal y como González Campos señaló en su voto particular a la STC 341/1993.

Cuestión distinta, pero importante, es la de determinar si una intervención en el derecho fundamental puede considerarse grosera o muy grave, grave, leve o incluso una intervención bagatela. Es decir, hay que tener en cuenta cuál es la intensidad de la intervención, y ello porque cuanto más intensa sea ésta más rigurosa habrá de ser su justificación y, por consiguiente, los requisitos, de legitimidad a que haya de someterse. Así, por ejemplo, con relación a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal distingue el TC, como hemos visto ya, entre aquellas consistentes en un mero reconocimiento del cuerpo humano, llamadas inspecciones y registros corporales, y las llamadas "intervenciones" corporales (aunque, en puridad, las dos son "intervenciones" en el derecho, pero esto es algo distinto), que extraen elementos, externos o internos, del cuerpo para su examen pericial, o exponen el cuerpo a radiaciones. Pues bien, dentro de las segundas, que son las que afectan por lo general a la integridad física (y no a la intimidad, que es el derecho afectado por las primeras), el TC distingue, "atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho", entre intervenciones leves y graves. Serán leves cuando, "a la vista de todas las circunstancias concurrentes no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o las uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc). En particular, se considera que el hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar

---

<sup>1401</sup> Providencias de 26 de noviembre de 1990 y (dos) de 28 de enero de 1991 (recursos 2252/, 2260/ y 2262/1990).

(esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone "un *plus* de afectación"<sup>1402</sup>. El TC entiende que existe intervención en el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (concreción de la libertad de expresión), que incluye la libertad de representación de las obras, a través de la calificación por un Decreto autonómico de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad, con la consiguiente prohibición del acceso a los mismos<sup>1403</sup>. Esta diferenciación de las intervenciones en los derechos fundamentales, y en cada derecho fundamental concreto, según su intensidad parecen apropiadas y es justamente en esta línea en la que adquiere su verdadero sentido hablar de intervenciones bagatela, pero no en el sentido de que sean intervenciones en un derecho fundamental que por su escasa intensidad en la afectación de un derecho fundamental no estén necesitadas de justificación constitucional, sino simplemente sujetas a un escrutinio menos estricto y necesitadas en menor medida tanto de justificación como de motivación.

Por otro lado, el TC ha admitido, incluso respecto de derechos fundamentales ligados a la personalidad, la existencia de lo que podríamos llamar una "intervención difusa" en el derecho. Así, en el caso de una persona, ex jefe de las *Waffen SS*, que manifiesta que duda "mucho de que las cámaras de gas existieran alguna vez" y se manifiesta despectivamente hacia los judíos, por querer "ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos los inventan" y se expresa la voluntad de que surja un *Führer*, entiende el TC que, a pesar de que el honor tenga en nuestra Constitución un significado personalista, "lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión' del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados 'ad personam', pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en

---

1402 STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2º.

1403 STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5º, con voto particular del magistrado señor Rubio Llorente, para quien no habría intervención alguna en el derecho fundamental, pues si la hubiese la normativa estatal tendría que estar contenida en Ley Orgánica y no en órdenes ministeriales, lo que se explica por ser meramente policía de espectáculos.

el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa"<sup>1404</sup>.

Y por último, ha de señalarse que el TC considera que la existencia de una intervención en los derechos fundamentales de terceros (personas distintas del recurrente) puede ser estudiada en el marco del recurso de amparo en la medida en que la lesión de aquéllos tenga incidencia en los derechos del solicitante de amparo. Y así, analiza el TC la legitimidad de una intervención consistente en la entrada y registro de un domicilio de un tercero respecto del solicitante del amparo por cuanto éste fue condenado a consecuencia de lo hallado en dicho registro y tiene por ello "un indudable interés legítimo en hacer valer en la instancia judicial oportuna, y eventualmente en el amparo constitucional, la nulidad de aquel registro y de las pruebas que traen su origen en el mismo. Y no para preservar su derecho a la inviolabilidad del domicilio o el de un tercero, sino para esgrimir fundadamente su derecho a la presunción de inocencia"<sup>1405</sup>.

#### **IV.- FUENTES JURÍDICAS DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Pese a que de la jurisprudencia constitucional tomada en su literalidad podría deducirse que los textos internacionales en materia de derechos humanos pueden operar como fuentes de límites a los derechos fundamentales, como ya hemos dicho tal posibilidad debe ser descartada, pues tales documentos internacionales podrán ser utilizados para la "interpretación" (art. 10.1 CE) de los derechos fundamentales o constitucionales y también de sus límites por poderse considerar éstos incluidos entre "las normas relativas a los derechos fundamentales" (art. 10. 1 CE), pero sólo para su interpretación, no para asumir límites previstos en tales documentos que no tengan un fundamento constitucional directo. El fundamento de los límites, así pues, habrá de resultar de la propia Constitución y los textos internacionales en materia de derechos humanos podrán servir como complemento hermenéutico o argumentación *ad abundantiam*, pero no como fuente (por remisión) de límites a los derechos fundamentales, pues tal remisión no se contiene en el art. 10. 1 CE. Lo dicho vale también, con mayor razón, en la medida en que se considere sujeto a control constitucional, para el Derecho Comunitario, que no puede establecer límites a los derechos fundamentales que no tengan el necesario fundamento constitucional y superen los tests que la CE exige para su legitimidad, sea dicho todo ello

---

1404 STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6º.

1405 STC 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 8º y jurisprudencia citada. Para el caso de lesión a un derecho fundamental de un tercero que, sin embargo, se persona en el proceso de amparo y se adhiere, sin más, a las alegaciones del demandante (lo que, dice el TC, "según nuestra doctrina, no le convierte en demandante de amparo"), véase STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 1º.

desde una perspectiva estrictamente constitucional. Y con mucha más razón todavía, debe descartarse la operatividad del Derecho Natural como fuente de límites a los derechos fundamentales, pues tal Derecho habrá de permanecer simplemente en la retaguardia del Estado constitucional como criterio de análisis crítico o con otras posibles funciones, pero sin ninguna validez jurídica en el sistema constitucional positivo para limitar los derechos fundamentales. Sentado lo anterior, y centrados ya en los límites *constitucionales* como únicos límites posibles a los derechos fundamentales, nos referimos, primero, a la posible existencia de límites (constitucionales) generales a todos o la mayoría de los derechos fundamentales, y en segundo lugar a una clasificación de los límites particulares desde varios criterios formales que nos parecen los más operativos, siendo el primero de ellos el que distingue entre límites explícitos y límites implícitos.

### **1.- ¿Existen límites generales a los derechos fundamentales?**

Ha sido Peces-Barba el autor que con mayor claridad entre nosotros ha defendido la existencia de límites generales a los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional. Sintéticamente, dichos límites serían los siguientes:

1.- La moral básica positivizada en el art. 1.1 CE en forma de valores superiores del ordenamiento jurídico, que son "límites fundamentales o de identidad del propio sistema" que permiten dar respuesta a cuestiones siempre discutidas como la de si una norma de derechos fundamentales puede ser aplicada en contra de los valores de libertad, o si una regla que regula el sufragio puede ser utilizada para acabar con la democracia, o si un legislador puede desviarse para realizar una interpretación autónoma de los valores o de los derechos constitucionales. En el control del respeto de estos límites consumen buena parte de su tiempo los tribunales constitucionales, y en concreto el español. Ello parece conectarlo el autor con una visión propia del planteamiento institucional y del que llama "socialismo ético".

2.- Los bienes constitucionales, que pueden encontrarse en la propia Constitución, en Leyes Orgánicas, en principios de organización de poderes e instituciones o en otros principios. No deben verse como exigencias comunitarias contrapuestas a los derechos fundamentales, pues éstos tienen también una función objetiva y unos y otros están al servicio de la persona. Cuando se encuentran recogidos en una norma inferior a la Constitución, la ponderación para valorar la limitación de un derecho debe respetar siempre su contenido esencial. Menciona aquí Peces-Barba a la dignidad de la persona, la salvaguardia del orden político y la paz social, el libre desarrollo de la personalidad, el Estado social y democrático, el principio de independencia del poder judicial, el principio de las mayorías, algunos principios del Derecho privado, por lo menos en las relaciones entre particulares, el principio de jerarquía, el orden público, la salud pública, la preservación del medio ambiente, la moral pública.

3.- El límite del derecho ajeno, pues los derechos fundamentales no son absolutos, sin perjuicio de reconocer una jerarquía, que Peces-Barba propone, entre los distintos derechos fundamentales<sup>1406</sup>.

4.- Aunque los designe como límites al ejercicio del derecho, también considera como límites generales a la buena fe y al abuso del derecho, y ello a pesar de que se encuentren positivizados en preceptos infraconstitucionales, pues son materialmente constitucionales. El abuso de derecho, que es un límite externo al derecho fundamental y no interno, supone "un uso excesivo, normalmente con daño para terceros y sin beneficio propio"; es un "criterio que se activa y se convierte en operativo ante el caso concreto" que ha sido asumido por el TC. También el TC ha asumido la buena fe como límite general a los derechos fundamentales en sus SSTC 120/1983 y 37/1987, de 26 de marzo<sup>1407</sup>.

Pues bien, a nuestro modo de ver, en ninguno de esos casos estamos ante límites generales al ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, límites que se impongan al ejercicio de *todos* los derechos fundamentales *en todo caso*. Es más, no hay ningún límite general en tal sentido. Ni siquiera puede aceptarse que los "bienes constitucionales" sean un límite general a los derechos fundamentales porque, en tal enunciación, es un límite demasiado genérico y que nada dice. No "cualquier" bien constitucional puede limitar "cualquier" aspecto de "cualquier" derecho constitucional. Podrá decirse que un determinado bien constitucional puede limitar un concreto aspecto de un cierto derecho fundamental, algo que es completamente distinto, pero ese mismo bien constitucional no podrá, en cambio, limitar otros aspectos o dimensiones de ese mismo derecho fundamental u otros derechos fundamentales.

En cuanto a lo que llama Peces-Barba la "moral positivizada", que no sería otra cosa que lo que, en los términos menos confusos de nuestra Constitución, son los "valores superiores" del ordenamiento jurídico del art. 1.1 CE, no hay inconveniente en reconocer que tales valores puedan operar como límite a los derechos fundamentales, pero no como límite general. Lo que ocurre es, mucho más sencillamente, que, como bienes constitucionales que son, cada uno de esos valores podrá, y más bien nunca por sí solo dada su indeterminación sino en relación con otros bienes constitucionales que los concreten, restringir algún concreto aspecto de un determinado derecho fundamental. Son bienes constitucionales, bien es cierto que "superiores". Si bien se examina, así sucede en la jurisprudencia constitucional, en la que ni se reconoce a tales valores como límites generales a los derechos fundamentales, ni tampoco siquiera operan, al menos por sí solos, como límite a un determinado aspecto de un concreto derecho fundamental. En cuanto a la moral propiamente dicha, hay que decir que si bien en la STC 62/1982, de 15 de octubre, se sostiene

---

1406 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso...*, pp. 590 ss.

1407 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso...*, pp. 605 ss. Véase también, para la jurisprudencia constitucional, las SSTC 91/1983, de 7 de noviembre y 88/1995, de 19 de julio, FJ 2º. En la doctrina, véase Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 408.



que la moralidad, como *minimum* ético acogido por el Derecho, opera como límite al derecho a un proceso público y a la libertad de expresión, respecto de esta última en realidad lo que se hace funcionar como límite, y también se le cita, es a la protección de la juventud y la infancia, mencionadas explícitamente como límites en el art. 20.4 CE y respecto del primero de los derechos citados, ni era necesaria la referencia a la moralidad ni tal jurisprudencia ha tenido continuidad en la jurisprudencia constitucional, como tampoco por lo demás la ha tenido la moral como límite autónomo a la libertad de expresión<sup>1408</sup>. En cualquier caso, a nuestro juicio la moral puede operar en determinados casos como un límite a los derechos fundamentales, pero para ello habrá de partir de un fundamento constitucional explícito y aplicar en todo caso el principio de proporcionalidad. Precisamente la STC 62/1982 es un ejemplo en este sentido, pues, pese a las confusas referencias a la "moral" a secas con relación al art. 10.2 CEDH, halla el TC ese concreto fundamento *constitucional* en el art. 20.4 CE y lo aplica, mediante el principio de proporcionalidad y la valoración de todas las circunstancias concurrentes, al caso concreto y ello más allá de que se refiera en unos términos más generales a la moralidad, pues lo que hace realmente operar como límite es la protección de la juventud y la infancia como componente concreto de esa moralidad<sup>1409</sup>.

---

1408 STC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 5º ss.

1409 Otro ejemplo podría ser el contemplado en la STC 151/1997, de 29 de septiembre, sobre una sanción disciplinaria impuesta a un militar por consentimiento de una relación adúltera de su esposa con otro militar en su propio domicilio y estando él presente en la vivienda en *cuanto acto contrario a la moral*. Aunque no forma parte de la *ratio decidendi*, señala el TC que "resulta constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límite incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales" por parte de los militares, pero ello se fundamenta en términos constitucionales en las altas funciones que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente encomendadas" en el art 8.1 CE, por lo que la realización de conductas deshonrosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes" y por ello, "no cabe negar a priori que, en determinadas circunstancias, conductas íntimas como la que dio lugar al actual proceso puedan realmente afectar al honor militar, pero ello habrá de valorarse a la luz de las "pautas o reglas éticas o morales socialmente imperantes en la actualidad -pautas desde las que debe delimitarse el alcance del honor de los distintos grupos profesionales, sin incurrir en autodelimitaciones endogámicas-, y a la luz también de los valores y principios constitucionales". Pero esta posibilidad de que la moral opere como límite a los derechos fundamentales en ciertos casos y condiciones no significa, ni puede significar, que la moral sea un límite general a los derechos fundamentales ni tampoco que la moralidad sea además un límite para los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a no declarar sobre la propia ideología, a la vida, o a la integridad física (o moral), por poner algunos ejemplos.

Respecto al abuso de derecho y la buena fe como límites generales a los derechos fundamentales, debe decirse que, por lo pronto, los mismos carecen de rango constitucional y sólo por ello no pueden operar ya como límites a los derechos fundamentales, pues obvio es que el contenido de los derechos que la Constitución garantiza no puede restringirse salvo que existan razones *en la propia Constitución* que así lo avalen y no sobre la base de criterios o principios infraconstitucionales no constitucionalizados, sin que pueda seriamente sostenerse que estamos ante "normas materialmente constitucionales", como el TC en jurisprudencia inicial nunca reiterada afirmó. Además, se trata de categorías que no se adaptan a la específica naturaleza de los derechos fundamentales, cuyo "componente individualista [...] se compadece mal con las nociones de buena fe y abuso del derecho que descansan en un juicio de intenciones o en la utilización del derecho para fines distintos de los previstos en el ordenamiento con un carácter antisocial"<sup>1410</sup>.

Es cierto que la jurisprudencia constitucional ha aplicado ambas categorías, el abuso de derecho y la exigencia de buena fe, como límites a los derechos fundamentales. Pero, en el caso del abuso de derecho, como ya hemos visto en un momento precedente, opera tal abuso no como un límite interno o inmanente, sino externo al derecho y, sobre todo, como una mera invocación formal, pues el TC en realidad examina la compatibilidad de la norma limitadora del abuso con el derecho fundamental, singularmente el de huelga, con relación al cual, por lo demás, la terminología de "abuso" es meramente inercial del TC respecto de la utilizada por la norma pre- e infraconstitucional que lo regula. Bajo la terminología de "abuso" del derecho fundamental lo que hay en el fondo es un análisis de compatibilidad constitucional como respecto de cualquier otro límite a un derecho fundamental, exigiendo que el límite que deriva del abuso se funde en un bien constitucional adecuado y sea razonable o proporcionado con respecto al mismo. No puede sostenerse, pues, que la prohibición del "abuso" sea un límite a los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, ni general de todos los derechos fundamentales ni específico de alguno de ellos, como el de huelga.

Y en lo que a la buena fe respecta, la misma se utiliza para modular la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Que esa eficacia (ya sea directa o indirecta) no puede ser, en términos globales, idéntica a la que esos derechos despliegan respecto a los poderes públicos es algo fuera de discusión y también lo es, por tanto, que algunos aspectos de algunos derechos fundamentales han de verse modulados o matizados en tales relaciones, correspondiendo en buena parte de los casos primariamente al legislador determinar el concreto alcance de tales derechos en estas relaciones *inter privatos*, tarea que, sin embargo, éste ha abordado sólo muy deficientemente desde la aprobación de la CE<sup>1411</sup>. Cuando el TC tiene que resolver sobre la legitimidad de una

---

1410 Luis Aguiar de Luque, "Los límites...", cit., p. 34.

1411 Como señala Hesse, el legislador debería tomarse esta tarea más en serio, incluso cuando puedan existir razones para preferir su desplazamiento hacia la

eficacia modulada de un derecho fundamental concreto en tales relaciones, lo que hace es un juicio de ponderación entre el derecho y las exigencias de buena fe en el caso concreto. Así se puede comprobar incluso en la STC 120/1983, que suele ser citada como ejemplo de la asunción de la buena fe como límite a los derechos fundamentales, si la misma se lee con un mínimo de atención.

En efecto, dicha sentencia se refería, en concreto, a las libertades de expresión y sindical en el concreto ámbito de las relaciones laborales, y sostiene el TC que, aunque no cabe hablar de un genérico deber de lealtad, "con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial", lo que resultaría claramente contradicho con la previsión constitucional de conflictos laborales como derecho de los trabajadores, tampoco exime ello de un comportamiento mutuo adecuado a las exigencias de la buena fe, "cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección" (FJ 2º). Pero el TC, y esto es lo importante y que conviene destacar, no utiliza aquí la "buena fe" ni la exigencia de licitud en el ejercicio de los derechos como límites inmanentes o intrínsecos a los derechos, sino que dedica varios fundamentos jurídicos enteros a valorar o ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en el caso concreto, teniendo en cuenta tanto los derechos fundamentales afectados como, bajo el manto de la buena fe, otros bienes, derechos e intereses afectados. Como dice explícitamente el TC, "lo que debe necesariamente resolverse es si tal actuación ha excedido del propio derecho a expresarse críticamente atendidas las circunstancias concurrentes y especialmente a la finalidad buscada conseguir" (FJ 2º), una "ponderación valorativa" (FJ 4º). Y esta conclusión puede ser generalizada, en realidad, a todos los supuestos en que el TC hace alusión a la "buena fe" como límite a los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, si bien hay que precisar que el TC en su jurisprudencia más reciente, a resultas de una muy fundada crítica doctrinal<sup>1412</sup>, parece ir abandonado en cierta medida la consideración de

---

jurisprudencia, pues así cumpliría la Ley su clásica tarea de delimitar la libertad de unos frente a la de otros, desplazando así además el peso principal del enjuiciamiento del TC desde el control de la aplicación de las normas en el caso concreto a la cuestión de si el legislador del Derecho Privado ha hecho valer el contenido de los derechos fundamentales mediante las modificaciones precisas, esto es, al control de normas, que, frente a lo que ocurre con el control de las decisiones de los tribunales civiles, forma parte de las auténticas tareas de la jurisdicción constitucional. Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 66-67.

1412 Antonio Moreno García, "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", REDC, año 13, núm. 38, mayo-agosto 1993, pp. 263 ss. Este autor concluía su trabajo sosteniendo que "es peligroso, amén de técnicamente innecesario, incluir un concepto tan ambiguo y fluido como el de la buena fe en el tratamiento dogmático de las libertades públicas"; "en el ámbito de las relaciones contractuales, la buena fe es condición negocial y, por consiguiente, no limita o modula, por sí misma, las libertades sino que es necesario un fundamento constitucional que respalde la exigencia de ese deber de comportamiento. El problema debe reducirse, pues, a una colisión entre el ejercicio de la libertad y otro bien

la "buena fe" como límite posible a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares<sup>1413</sup>, encontrando el fundamento a las limitaciones de estos derechos en dichas relaciones más bien en derechos y valores constitucionales<sup>1414</sup>, muy especialmente, la libertad de empresa y la propiedad<sup>1415</sup>. Y es que habilitar a la buena fe como límite, externo incluso, a los derechos fundamentales resultaba totalmente incongruente con la doctrina jurisprudencial de que sólo otros derechos o bienes constitucionales pueden limitar los derechos fundamentales, pues la buena fe carece patentemente de rango constitucional, y además, al margen ya de lo anterior, era un criterio poco apropiado para limitar los derechos fundamentales.

En cuanto a los derechos de los demás, fundamento del orden político y la paz social según nuestro art. 10.1 CE, no constituyen tampoco, pese a alguna confusa afirmación de nuestro TC<sup>1416</sup>, ningún límite general

constitucional" (p. 294).

1413 Así, todavía, STC 4/1996, de 16 de enero, FJ 4º; y 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 3º.

1414 La STC 241/1999, de 20 de diciembre, por ejemplo, por un lado afirma que "para la precisión del ámbito propio de la libertad de expresión es innecesario recordar que el ejercicio de ésta no se concibe constitucionalmente como ilimitado, debiendo coordinarse con otros valores constitucionales cuando se producen entre ellos encuentros conflictivos. Junto a lo anterior, cuando nos situamos en una relación de prestación de servicios, cabe invocar (según cuál sea su naturaleza jurídica) la buena fe o la especial confianza intercurrente entre ambas partes como límite adicional al ejercicio del derecho de la libertad de expresión, por resultar inherente al vínculo jurídico que las une". Y por otro lado, sostiene el Alto Tribunal que "el equilibrio necesario en las relaciones de trabajo en sentido amplio, en definitiva, modula los derechos fundamentales, pero sólo en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad laboral. Es un límite débil frente al fuerte que representa la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución".

1415 Así, por ejemplo, ya la STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4º: la "inserción en la organización ajena modula aquellos derechos (fundamentales), en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)". También la STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 7º (que cita las SSTC 6/1995 y 106/1996, que sin embargo no mencionan explícitamente ningún anclaje constitucional a la buena fe, si bien la segunda parece aludir a ello implícitamente); 57/1999, de 12 de abril, FJ 8º: "Por otra parte, es de interés recordar que, como ha señalado ya este Tribunal, la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales es compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE; por ello es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos (SSTC 6/1988, 136/1996, 90/1997)". De estas últimas sentencias, debe destacarse, sin embargo, que la primera de ellas no alude a ningún fundamento constitucional de tales modulaciones de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, mientras que las dos restantes sí se refieren a los derechos de los arts. 33 y 38 CE.

1416 La concepción del derecho ajeno como límite general a todos los derechos fundamentales está ciertamente extendida entre nosotros y ha sido propiciada por la

a los derechos fundamentales. Mal se compadecería con el carácter "fundamental" de estos derechos el hecho de que su ejercicio encontrase sus límites en el ejercicio de derechos sin rango constitucional por parte de los demás. Otra cosa bien distinta es que un derecho fundamental, o incluso meramente constitucional, pueda operar como límite a un concreto aspecto de otro determinado derecho fundamental. Pero una cosa es que un derecho fundamental o constitucional pueda ser un límite a otro derecho fundamental en ciertos casos y condiciones, y otra bien diversa que los derechos de los demás, así a secas, sean un límite a los derechos fundamentales. Una vez más, la jurisprudencia constitucional avala que los "derechos de los demás", entendida esta expresión como referida a derechos no constitucionales, no operan como límite, general o no, a los derechos fundamentales. Ni tampoco siquiera puede decirse en rigor que los derechos fundamentales o constitucionales de los demás funcionen como límite general a los derechos fundamentales o constitucionales. Lo que ocurre también aquí es que un determinado derecho fundamental puede actuar como límite a aspectos concretos de un cierto derecho fundamental, algo completamente distinto a afirmar que los derechos fundamentales son un límite *general* a todos los derechos fundamentales.

No resulta tampoco, en fin, sostenible la existencia de una cláusula general de policía en virtud de la cual los derechos fundamentales puedan limitarse en aras del "interés general". Esta posibilidad ha sido negada brillante y tajantemente por García de Enterría en los siguientes términos, que compartimos: "Es absolutamente inadmisibles afirmar, como resulta de ciertas exposiciones y aun de algunas decisiones jurisprudenciales, que la Administración disponga de un poder general implícito o derivado de la cláusula general de orden público" (arts. 1º y 2º Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana: LO SC), para "poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general. Esta es una tesis rigurosamente procedente del absolutismo (y prolongada parcialmente en el XIX por el famoso 'principio monárquico'), pero totalmente incompatible con la construcción moderna del Estado de Derecho, que la Constitución ha librado felizmente de todo equívoco". "Hoy, el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del orden público (art. 1º LO SC; y aun del orden político entero: art. 10.1 de la Constitución) y no el objetivo a eliminar para una transpersonalización de éste. La articulación de las libertades públicas individuales con el interés general

---

equivoca afirmación del TC en el sentido de que un límite a los derechos fundamentales son "los demás derechos y los derechos de los demás". Sin embargo, una observación detallada de nuestra jurisprudencia constitucional pone de relieve de manera patente que para el TC los únicos "derechos de los demás" que están en posición, o en condiciones, de limitar el ejercicio de un determinado derecho fundamental son los derechos de rango constitucional, fundamentales o no, o los bienes de igual naturaleza o jerarquía y no cualesquiera otros bienes infraconstitucionales. Véase, por ejemplo, la STC 34/1986, de 11 de marzo, FJ 4º.

deberá buscarse en el sistema constitucional mismo y en las Leyes Orgánicas que lo desarrollen (art. 81.1), y no en ninguna apreciación subjetiva de los funcionarios<sup>1417</sup>. El TC ha negado también, como ya se ha señalado, toda posibilidad de una cláusula de comunidad o comunitaria, cuya existencia se ha discutido en el Derecho alemán y se sostiene en otros Derechos, cláusula que resulta incompatible con un sistema efectivo de garantía de los derechos fundamentales. En particular, ante la opinión del Ministerio Fiscal de que "el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior", sostendrá el TC que "una afirmación como la anterior realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores de ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución"<sup>1418</sup>.

Y en particular, por lo que a las exigencias de orden público se refiere, hay que decir con García de Enterría y Fernández que tales exigencias, aun siendo importantes, "no justifican en modo alguno un principio general que permita a la Administración interferir o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, no sólo por las razones más atrás expuestas, sino, de manera especial, porque ninguna justificación puede encontrarse para tal consecuencia en los textos legales aplicables". La LOSC de 1992 "ha despejado definitivamente toda duda al respecto. La misión del Gobierno, de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes es, precisamente, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto y remover los obstáculos que lo impidan". En todo caso, las medidas de acción preventiva y vigilancia, así como las "actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana", y más aún el "régimen sancionador", se expresan en facultades específicas y tasadas, en modo alguno indeterminadas y abiertas<sup>1419</sup>.

Como se ve en los casos señalados, no hay límites generales a todos los derechos fundamentales. Los límites son siempre particulares de cada derecho fundamental. Un determinado derecho constitucional o un determinado bien constitucional podrá limitar concretos aspectos de un determinado derecho fundamental, pero sólo esos concretos aspectos y no (o no necesariamente, al menos) cualesquiera otros, ni tampoco, o no

---

1417 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso...*, tomo II, pp.-63-64.

1418 STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3º.

1419 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso...*, tomo II, pp.-64-65.

necesariamente al menos, cualesquiera otros derechos fundamentales. Que un bien o derecho constitucional sea límite a un concreto derecho fundamental es algo que hay que determinar caso por caso, sin que pueda afirmarse que un determinado bien o derecho constitucional limita todos los derechos fundamentales. Ello nos indica ya algo importante y es que las posibilidades de restringir los derechos fundamentales se reducen muy considerablemente y si un bien o derecho constitucional pretende erigirse en límite a un derecho fundamental, aparte de otros requisitos que ahora no interesan, habrá de someterse a un riguroso control jurídico acerca de su idoneidad para restringir el concreto aspecto del derecho fundamental también concreto de que en cada caso se trate.

La explicación de todo ello es la posición central que los derechos fundamentales ocupan en nuestro sistema constitucional. Es cierto que el art. 10.1 CE dice que no sólo la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y la paz social, sino que también lo son los "derechos de los demás". Esto último enlaza con la concepción constitucional del Estado, no como una mera agregación de individuos, sino como un Estado social y solidario, donde cada individuo actúa respetando los derechos de los demás, pero sin que esto pueda significar que tales derechos ajenos limiten los derechos fundamentales de cada uno, pues, de ser así, de un lado, tales derechos ni merecerían llamarse fundamentales ni tendrían contenido alguno digno de mención y, de otro lado, puesto que según el mismo precepto constitucional también el respeto a la ley es fundamento del orden político y la paz social, también la ley sería un límite general a los derechos fundamentales<sup>1420</sup>, resultado absurdo tan palmario para cualquiera que comprenda el significado de los derechos fundamentales que nos releva de cualquier comentario adicional. Lo que significa la referencia a "los derechos de los demás" con relación a los derechos fundamentales es que los límites a éstos *podrán* encontrarse en otros derechos fundamentales o constitucionales ajenos, pero no en derechos "ordinarios" de terceros, sin rango constitucional. Sostener lo contrario es, desde nuestro punto de vista, ignorar el significado mismo de los derechos fundamentales, pura y simplemente.

## 2.- Límites explícitos

Sentado lo anterior, ha de resultar claro en este momento que en nuestro sistema constitucional, pese a que no faltan autores que así lo defiendan, no existen límites inmanentes o intrínsecos, derivados de la

---

1420 Por cierto, que el hecho de que el respeto a la ley sea fundamento del orden político y la paz social implica que sólo la ley, como instrumento de ordenación política para lograr la paz social, puede regular (y por tanto, limitar) los derechos fundamentales que vertebran nuestra convivencia social. Pero ni ello puede hacerlo cualquier ley ni puede hacerlo sin condicionamientos, sino sólo la concreta forma legislativa que la Constitución autorice y bajo las condiciones y límites que aquélla fija, límites entre los que descuella precisamente el respeto al "contenido esencial" de los derechos fundamentales.

propia naturaleza de los derechos fundamentales. Los únicos límites hoy válidos para limitar los derechos fundamentales son los que tengan su fuente en la Constitución y resulten bien de sus disposiciones expresas, bien de una interpretación conjunta de sus preceptos. En el primer caso, nos encontraremos ante límites explícitos, pues se hallan explícitamente previstos en el texto constitucional. Y en el segundo se tratará de límites implícitos, pues el Constituyente no los ha explicitado, sino que se han de deducir de una interpretación sistemática y de conjunto de la Constitución.

Con respecto a los límites explícitos, y dejando a un lado la "suspensión" de derechos fundamentales del art. 55 CE de que luego nos ocuparemos, puede distinguirse, dentro de ellos, entre aquellos límites que podemos calificar como "de contenido material", pues señalan criterios materiales para restringir el derecho fundamental de que se trate, y los límites de mera habilitación competencial al poder judicial (por ejemplo, art. 18.2 CE) o al legislativo (por ejemplo, arts. 23, 29 y 30, además del art. 53.1 con carácter general) para restringir el derecho<sup>1421</sup>, hipótesis en las que, en cambio, la Constitución no establece en principio ningún criterio material para la restricción del derecho, por lo que habrá de ser el legislador el que fije tales criterios materiales, a partir de la protección proporcionada de otros bienes o valores constitucionales, que funcionarán como límites implícitos, si bien debe tenerse presente que la previsión constitucional de la necesaria intervención judicial para la actualización de esos límites en el caso concreto constituye en sí misma una garantía, que puede hacer lícitos límites que de otro modo no lo serían. En cualquier caso, es importante destacar que cuando la

---

1421 Otra clasificación posible es la que propone Muñoz Arnau, sobre una concepción de los límites que no coincide enteramente con la aquí sustentada, pero sin que ello afecte a tal clasificación. Este autor agrupa los límites explícitos en cinco categorías, reconducibles todas ellas en último término a dos: los límites derivados del respeto a los derechos de los demás y los originados en exigencias del orden público objetivo. Las cinco categorías que propone este autor son: a) límites nacidos de la propia naturaleza del derecho, como los del derecho de propiedad, el de educación o el de comunicación libre de información- b) los límites derivados de la existencia de otros derechos que eventualmente puedan entrar en conflicto con el que se invoca (libertad de información-derecho al honor; libertad de cátedra-derecho de los padres a que los hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, etc); c) los límites que traen causa del status de determinadas categorías de personas: límites de carácter personal (sindicación, petición, asociación); d) los límites originados por exigencias objetivas: mantenimiento del orden público protegido por la ley (art. 16), flagrante delito (art. 18.2); protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4); alteración de orden público con peligro para personas o bienes (art. 21); persecución de fines o utilización de medios tipificados como delitos, asociaciones secretas y de carácter paramilitar (art. 22); respeto a los principios constitucionales (art. 27); mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (arts. 28 y 37); marco de una economía de mercado, exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (art. 38); e) los límites exigidos por circunstancias específicas delimitadas temporalmente —derecho a la vida. Juan Andrés Muñoz Arnau, *Los límites...*, cit., pp. 116-117.



habilitación competencial (para limitar) lo es a favor del juez, no estaremos ante ninguna habilitación en blanco al juez para restringir el derecho, sino que, lejos de ello, el juez no podrá restringir el derecho sino con base en un precepto legal que le autorice en términos concretos y delimitados a hacerlo así; dicho de otro modo, no es posible establecer una equiparación absoluta entre los supuestos de habilitación al legislador y los de habilitación al juez para limitar los derechos fundamentales, pues tanto en una hipótesis habrá de ser el legislador el que concrete las condiciones o requisitos materiales para restringir el derecho y, en este caso, las habilitaciones al juez para limitar un derecho fundamental lo son, implícitamente, de habilitación al legislador, siendo realmente la habilitación al juez un *plus* de garantía respecto de la intervención del legislador. La habilitación competencial al juez para restringir un derecho es siempre de segundo grado y condicionada a la previa *interpositio legislatoris*. Aclarado esto, puede decirse que son límites de habilitación competencial al juez en nuestra CE los siguientes: a) respecto de la inviolabilidad domiciliaria, se exige que, salvo consentimiento del titular o flagrante delito (que son límites explícitos materiales), cualquier entrada o registro haya de acordarse por resolución judicial (art. 18.2 CE); b) el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas se garantiza también "salvo resolución judicial" (art. 18.3 CE); c) el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sólo podrá acordarse "en virtud de resolución judicial" (art. 20.5 CE); d) las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades "en virtud de resolución judicial motivada" (art. 22 CE) y lo mismo rige para las fundaciones (art. 33.2 CE). Y límites de habilitación competencial al legislador son, entre otros: a) el art. 53.1 CE en cuanto que autoriza al legislador para "regular" los derechos; b) el art. 23 CE, cuando reconoce el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos "con los requisitos que señalen las leyes"; c) el art. 29 reconoce el derecho de petición "en la forma y con los efectos que determine la ley"; d) la objeción de conciencia al servicio militar ha de ser regulada por la ley "con las debidas garantías". En realidad, en el caso de estos límites de habilitación competencial estamos ante la hipótesis de límites implícitos, esto es, se trata de supuestos en que los límites al derecho no se derivan expresamente del texto constitucional, pero sí se deducen implícitamente de una interpretación de la Constitución a fin de proteger otros bienes o valores o derechos constitucionales y han de superar también los requisitos constitucionales a toda limitación a un derecho fundamental.

En lo que se refiere a los límites explícitos "de contenido material" o materiales, dentro de ellos hay que incluir, en primer lugar, a las que antes hemos llamado cláusulas de restricción conceptual, como por ejemplo las exigencias constitucionales de que las reuniones sean "pacíficas y sin armas" (art. 21 CE), de que la información sea "veraz" (art. 20 CE), de que el matrimonio tenga lugar entre "el hombre y la

mujer" (art. 32 CE), de que la fundación lo sea "para fines de interés general" (art. 34 CE) o las excepciones a la inviolabilidad domiciliaria cuando medie consentimiento del titular o delito flagrante (art. 18 CE), si bien en estos casos hay que entender que la ponderación ya la ha realizado el Constituyente y la proporcionalidad habrá que aplicarla más matizadamente que en los casos en que la Constitución fija límites sin esta fórmula que hemos llamado de restricción conceptual. También pueden considerarse como límites explícitos materiales, en segundo lugar, las restricciones que la Constitución, o el legislador autorizado a ello, establece respecto de la titularidad de un derecho fundamental, si bien a nuestro juicio estos problemas han de ser tratados no tanto como cuestiones de límites, sino como un asunto de titularidad de derechos fundamentales, que ha de distinguirse en su tratamiento dogmático de la limitación a los derechos fundamentales. Las hipótesis más importantes serían las siguientes: 1) los derechos que pueden no reconocerse a los extranjeros<sup>1422</sup>; 2) los derechos que no pueden reconocerse a las personas jurídicas<sup>1423</sup>; 3) los derechos que pueden reconocerse a los

---

1422 La Constitución establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley", con el único límite de que "solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales". Sin embargo, tal previsión no supone, como ha dicho el TC, que "se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades 'que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley', de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal": STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º.

1423 La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas no está regulada en la Constitución fuera de lo que dice el art. 27.6 CE (se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes) y el TC ha señalado que la misma "no puede ser resuelta con carácter general", sino que hay que atender a cada concreto derecho fundamental. Siguiendo el ejemplo de Alemania, donde sin embargo sí que existe una regulación constitucional expresa de la cuestión, el TC ha señalado que las personas jurídicas de Derecho Privado podrán ser titulares de derechos fundamentales "siempre que, como es obvio, se trate de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas. También se ha reconocido la titularidad a las Universidades respecto del derecho a la autonomía universitaria o a las confesiones religiosas respecto del derecho del art. 16 CE, a los sindicatos respecto del derecho del art. 28 CE o a las asociaciones respecto del derecho del art. 22: esto es, en el caso de derechos fundamentales que, por su propio y específico contenido, conllevan que sean titulares de los mismos específicas personas jurídicas, se ha reconocido a las mismas la titularidad del derecho. Más problemático se ha planteado el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales respecto de las personas de Derecho Público, que inicialmente se otorgó respecto del derecho del art. 24.1 CE con relación a relaciones de Derecho Privado, pero en la STC 64/1988, de 12 de abril, en votación completamente dividida

menores de edad; 4) respecto de la libertad de sindicación, la CE permite que se exceptúe del "ejercicio" de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y el art. 395 LOPJ prohíbe que los jueces pertenezcan a sindicatos; y 5) pero también hay supuestos no previstos constitucionalmente de manera explícita en que puede excluirse de la titularidad misma del derecho fundamental a determinadas personas<sup>1424</sup>.

Ahora bien, en el caso de los extranjeros, cuando se les reconocen derechos fundamentales (ya sea porque así se deriva de la Constitución, ya sea porque así lo decide el legislador), es posible en ocasiones establecer límites a los mismos en razón justamente de esa condición de extranjero, o de su situación regular o irregular en España<sup>1425</sup>, que son lo que podemos llamar verdaderos límites materiales

por entender la mitad de la Sala que el Estado tiene potestades y competencias pero no derechos fundamentales, se reconoció también la titularidad de derechos fundamentales en relaciones de Derecho Público a las personas de Derecho Público "siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos" (FJ 1º). Véanse, asimismo, SSTC 19/1983, de 14 de marzo; 137/1985, de 17 octubre; 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 5º; 183/1995, de 11 de diciembre, FJ 2º.

1424 Así, respecto de la prohibición establecida en el ap. b) del art. 21.2 LODE según la cual no pueden ser titulares de Centros privados quienes "tengan antecedentes penales por delitos dolosos", entiende el TC en la STC 77/1985, de 27 de junio, que la misma "encuentra un sólido fundamento en la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, en los términos del art. 20.4 CE. Pero además se justifica y explica sobradamente en razón del art. 27.2 de la misma norma constitucional, que especifica como objeto de la educación 'el pleno desarrollo de la personalidad humana' del alumno, siendo la prohibición establecida una garantía para la consecución de este objetivo", sin que imposibilite tampoco tal norma ni dificulte gravemente la reinserción social de los delincuentes (FJ 29º).

1425 Se ha discutido mucho sobre la constitucionalidad del *status* de los extranjeros que se hallen ilegalmente en España por no cumplir los requisitos del art. 25 de la Ley de extranjería, a los que se reconocen los derechos más estrechamente vinculados a la dignidad humana, pero no el derecho a permanecer en territorio español ni las libertades de circulación y residencia del art. 19 CE, privándoles además, bien que con una desafortunada elipsis lingüística que distingue entre titularidad del derecho y ejercicio del mismo para prohibir éste totalmente, *de facto* de la titularidad de los derechos de reunión, asociación, trabajo, sindicación y huelga. No ofrece dudas de que se trata de un asunto de extraordinaria importancia, dado el gran número de elevados y el hecho de que su situación de irregularidad se prolonga con toda frecuencia durante años o períodos prolongados de tiempo durante los cuales el extranjero irregular vive entre nosotros y frecuentemente trabaja de hecho. Especialmente en estos casos, no parece justo en un Estado social como el nuestro el no reconocimiento de las libertades de sindicación y huelga ni tampoco acaso, sobre la base de una concepción superada de las libertades políticas, el no reconocimiento de las libertades de reunión y asociación, lo que podría haberse remediado a través de una regularización automática de los trabajadores que llevasen un determinado plazo dilatado de tiempo en España en situación irregular, previa demostración de que ello es así. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no es posible concluir la inconstitucionalidad de la regulación legislativa, pues es obvio que los extranjeros en situación irregular no pueden tener, ni tienen en ningún país del mundo, los mismos derechos que los extranjeros que se hallen en situación irregular, y por otra parte, el

subjetivos (ya que las restricciones a la titularidad del derecho fundamental no han de tratarse como cuestiones de límites, y sólo en sentido impropio puede decirse que son límites al derecho). A estos límites les resulta de aplicación toda la doctrina aquí estudiada con carácter general respecto de la limitación a los derechos fundamentales, bien que con la especialidad, que no puede ignorarse, de que se aplican a derechos fundamentales que, por referirse a extranjeros, son siempre de configuración legal<sup>1426</sup>, si bien habrá que partir del principio de que "en aquellos derechos respecto a los cuales puedan establecerse limitaciones a su ejercicio por los extranjeros, el legislador no es enteramente libre, tales derechos siguen siendo constitucionales, y se ha de respetar el contenido esencial del derecho de que se trate. La restricción legal deja

---

ámbito dejado a la libre configuración del legislador respecto de tales derechos y libertades es amplísimo, tanto más cuando se trata de extranjeros irregulares. Coincidimos, en lo esencial, con Ángel Gómez Montoro, "Titularidad de derechos fundamentales", en Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid, 2001, pp. 121 ss.

1426 Tal configuración por el legislador "puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles [ ] El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio". La Ley que regula esta cuestión es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, que tiende a una amplia equiparación con los españoles en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros, con ciertas limitaciones específicas excepcionales (por ejemplo, respecto de la libertad de circulación) y parte expresamente del principio de que "como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles". En materia de igualdad, puede decirse que, aunque no hay precepto constitucional que extienda la igualdad que el art 14 predica de los españoles a los extranjeros, tal igualdad existe sin perjuicio de que la nacionalidad pueda ser un criterio habilitador de diferencias constitucionalmente justificadas. En el caso de los derechos del art. 23, se trata de derechos sólo de los españoles, con las salvedades del art. 13.2 CE. Y las libertades de residencia y circulación, el derecho de petición y el derecho al trabajo aparecen restringidos en la propia Constitución a los españoles, por lo que respecto a los extranjeros serán derechos de configuración legal.

de estar amparada constitucionalmente si convierte al derecho proclamado en una pura apariencia de lo que es en realidad, si lo desvirtúa de forma que lo hace inaprehensible, si lo desnaturaliza y borra los perfiles con que está caracterizado". También, en fin, en otros casos (por ejemplo, personas que se encuentren en una relación de especial sujeción) la condición subjetiva del titular de derechos fundamentales puede operar como razón de ser de ciertas restricciones o modulaciones de derechos fundamentales, constituyendo así otros supuestos de límites materiales subjetivos.

Aparte de estos casos de límites explícitos de restricción conceptual y subjetivos, pueden también considerarse como límites explícitos materiales, en tercer lugar, los siguientes en nuestra Constitución: a) respecto del derecho a la vida, cuando el art. 15 CE declara abolida la pena de muerte, "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra"; b) la libertad ideológica, religiosa y de culto se reconoce "sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley" (art. 16.1 CE); c) respecto del derecho fundamental a la libertad física y a la seguridad, se establece la posibilidad de que la ley prevea supuestos en que proceda su privación y la asistencia de letrado al detenido se garantiza "en los términos que la ley establezca" y también hay una remisión a la ley respecto del hábeas corpus y el plazo máximo de duración de la prisión provisional (art. 17 CE); d) respecto de la inviolabilidad domiciliaria se permite la entrada o registro con el consentimiento del titular o en caso de flagrante delito (art. 18.2 CE); e) el derecho a entrar y salir libremente de España se garantiza "en los términos que la ley establezca", si bien el derecho "no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos" (art. 19 CE); f) conforme al art. 20.4, las libertades reconocidas en el art. 20.1 CE tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título (el I), en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia; g) el derecho de reunión se reconoce sólo respecto de la reunión "pacífica y sin armas" y, si bien se prohíbe la exigencia de autorización previa para su ejercicio, "en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes" (art. 21 CE); h) respecto del derecho de asociación, se establece que las asociaciones deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad, que las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito "son ilegales", que las asociaciones podrán ser disueltas o suspendidas (sólo por resolución judicial), y que se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (art. 22 CE); i) el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos se reconoce "con los requisitos que señalen las leyes"; j) según el art. 25.2, el condenado a pena de

prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria; k) la libertad de creación de centros docentes se garantiza "dentro del respeto a los principios constitucionales" (art. 27. 6 CE); l) respecto del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, se establece que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27. 2 CE), los poderes públicos a fin de garantizar el derecho de todos a la educación llevarán a cabo una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y crearán de centros docentes (art. 27.5 CE), además de que inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes (art. 27.8 CE) y ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9 CE) y los profesores, padres y, en su caso, alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca (art. 27.7 CE); m) con relación a la libertad de sindicación, dice el art. 28 que "la ley podrá limitar (o exceptuar) el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos"; n) en el caso del derecho de huelga, la Constitución se remite a la ley que regule el ejercicio de este derecho", que "establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad" (art. 29 CE); ñ) el ejercicio del derecho de petición por parte de miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar no podrá ser colectivo, sino sólo individual y con arreglo a lo dispuesto en la legislación específica de aquéllos; o) el derecho al matrimonio tendrá lugar "entre el hombre y la mujer" y con plena igualdad jurídica, en la "forma" que la ley establezca, regulando asimismo la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos (art. 32 CE); p) la función social de los derechos de propiedad y herencia "delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes", previéndose la expropiación forzosa "por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes" (art. 33 CE); q) el derecho de fundación se reconoce "para fines de interés general" y "con arreglo a la ley", siendo ilegales las que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito y pudiendo ser disueltas o suspendidas en sus actividades (sólo por resolución judicial: límite competencial); r) con respecto al derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo establece el art. 37.2 CE que la ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad;

s) la libertad de empresa se reconoce "en el marco de la economía de mercado" "de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso, de la planificación" (art. 38 CE en relación con los arts. 128 ss., especialmente 131 CE)<sup>1427</sup>.

Es especialmente necesario destacar, por último, que si bien, por un lado, la existencia de criterios o parámetros generales o comunes a todos los derechos fundamentales para el control de la constitucionalidad de sus limitaciones, en especial el principio de proporcionalidad, conlleva una cierta homogeneidad de todos los derechos fundamentales en cuanto a sus limitaciones, por otro lado no es menos cierto que ni dicho principio se aplica por igual a cada derecho, ni, en lo que ahora importa, las posibilidades de limitación del derecho fundamental por parte del legislador son las mismas cuando la propia Constitución prevé un límite material expreso, que cuando prevé un límite expreso formal (o de habilitación competencial), ni tampoco que cuando no prevé un límite ni formal ni material. Y ello es así porque cuando la CE prevé expresamente un límite material está fijando en línea de principio las únicas finalidades o los únicos criterios sustantivos que justifican una limitación al derecho fundamental; en cambio, cuando prevé sólo un límite formal, no señala criterio sustantivo alguno, lo cual no significa que cualquier límite sea posible, sino que habrá de serlo conforme a los principios y valores constitucionales en general, sin perjuicio de que la CE puede señalar expresamente, junto a límites formales, también límites materiales. Y cuando no señala ningún límite material ni formal ocurre que, por un lado, la Constitución parece concebir con un carácter más excepcional la limitación del derecho, pero por otro no delimita los únicos criterios legitimadores de una limitación al derecho fundamental. Por lo demás, aun sin desconocer la proximidad conceptual de los límites materiales a diversos derechos fundamentales entre sí, es preciso señalar que los límites expresos materiales a un derecho fundamental no son "intercambiables" con los que la Constitución marca a otro derecho fundamental, pues, de lo contrario, se desconocerían los designios del Constituyente al fijarlos de manera diversa para cada derecho fundamental. Así lo ha sostenido explícita y atinadamente el TC respecto de los límites materiales expresos a los derechos de los arts. 16 y 20 CE<sup>1428</sup>.

---

1427 En estos casos, como luego se verá, no es necesaria la mediación del legislador cuando los límites consisten en categorías jurídicas con un valor establecido o de términos que definen circunstancias puramente fácticas. Francisco Rubio Llorente, "La configuración...", cit., p. 1331.

1428 "La libertad ideológica invocada por el recurrente, por ser esencial, como hemos visto, para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga 'más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 CE), en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley'. La limitación, por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina, no puede hacerse coincidente en términos absolutos, pese a lo afirmado por el Ministerio Fiscal, con los límites que a los

### 3.- Límites implícitos

Son límites implícitos los límites que derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales entre sí o con otros bienes constitucionales y que no están previstos de manera expresa en el texto constitucional, esto es, los límites implícitos vienen constituidos por los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales en cuanto pueden operar como restricciones al contenido inicial de un derecho fundamental. Ello no quiere decir que sean un límite general a todos los derechos fundamentales, pues ni todos los derechos fundamentales tienen que tener límites implícitos ni los límites implícitos tienen por sí mismos un contenido definido, sino que son simplemente una categoría que sirve como fuente para determinar límites, éstos ya concretos, a un derecho fundamental que no estén explícitos en el texto constitucional, correspondiendo al legislador, como ya hemos visto al hablar de la reserva de ley, determinar cuáles son tales límites implícitos, dentro de las posibilidades que la Constitución le ofrece, en función de sus legítimas orientaciones políticas y de la realidad social de cada momento, sin posibilidad de una operatividad inmediata *ex constitutione* de tales límites. Un determinado derecho fundamental o bien constitucional puede operar como límite respecto de un derecho fundamental, pero, en cambio, no puede operar como límite respecto de otro y ya sólo por ello no cabe sostener que los límites implícitos sean un límite general a los derechos fundamentales.

Estos límites implícitos, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, no son límites que operen exclusivamente respecto de los derechos fundamentales a los que la Constitución no señala explícitamente límites de ninguna clase, sino que son límites que también operan respecto de aquellos derechos fundamentales con límites explícitos en la propia Constitución. Así por ejemplo, el art. 21 CE señala al derecho de reunión como únicos límites explícitos la necesidad de comunicación previa y la interdicción de alteración del orden público con peligro para personas o bienes, lo cual no impide que el derecho pueda tener otros límites derivados de la "colisión con otros valores constitucionales"<sup>1429</sup>; y con respecto al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, si bien el TC señala que, con una "salvedad hecha (respecto) de los delitos flagrantes, [...] sólo puede ser limitado mediante 'resolución

---

derechos de libertad de expresión y de información reconocidos por el art. 20.1 a) y d) CE, impone el núm. 4 de esta norma. La equiparación entre una y otras limitaciones, requiere, en todo caso, que, como ocurre en este supuesto, cuando el hecho imputado a un ciudadano afecte principalmente a su derecho a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente de qué manera a través de su manifestación externa se ha vulnerado el orden público protegido por la Ley": STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3º.

1429 STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2º. En cambio, respecto del mismo derecho, nada de ello se afirma en la STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º, aunque tácitamente parece admitirse la existencia de límites implícitos.



judicial' si no hay consentimiento del titular"<sup>1430</sup>, lo cierto es que el propio TC ya antes había señalado que deben quedar también a "salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación como puede ocurrir con el estado de necesidad"<sup>1431</sup>, e incluso respecto de las libertades del art. 20 CE, habla el TC de "los límites de esos derechos, *singularmente los* señalados en el apartado 4 del citado precepto constitucional"<sup>1432</sup>, que son los únicos que la Constitución enumera explícitamente y con bastante amplitud ya de por sí. Con todo, desde nuestro punto de vista, no debería admitirse la existencia de límites implícitos en estos casos más que con un carácter completamente excepcional.

En ocasiones llama el TC límites "inmanentes" a los que se derivan para un derecho fundamental de la coexistencia con otros derechos fundamentales, incluso cuando se trata de límites específicamente previstos por el texto constitucional, como los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen respecto de las libertades informativas del art. 20 CE, calificación que resulta enteramente errónea si se considera que los límites son inmanentes al derecho y confusa, aunque no estrictamente errónea, si se considera que son inmanentes a la Constitución. Por una u otra razón, esta terminología debe abandonarse, desde nuestro punto de vista y, partiendo de que todos los límites admisibles a un derecho fundamental han de ser límites externos, denominar límites (externos o extrínsecos) implícitos a los límites no expresos en el texto constitucional y que se deriven de la necesaria coexistencia con otros bienes, valores o derechos constitucionales. La confusión en la terminología utilizada por nuestra jurisprudencia constitucional es ya mayúscula cuando, en el mismo fundamento jurídico, se califica a los límites expresamente señalados por el art. 20 CE a las libertades informativas primero como inmanentes y, sólo un poco más adelante, como límites extrínsecos<sup>1433</sup>, pues ello es, pura y simplemente, una *contradictio in terminis*. En cualquier caso, lo decisivo es que, pese a la gran confusión terminológica, el TC hace operar a todos estos límites como verdaderos límites extrínsecos o externos, sujetos a un examen de su proporcionalidad y su razonabilidad. Con todo, se impone aquí, a nuestro entender, una mayor claridad terminológica.

Especial interés tiene la STC 62/1982, de 15 de octubre, en la que sostiene el TC, con relación al derecho fundamental a un proceso público, que tal derecho se reconoce en la CE "con unos límites implícitos, *que son los previstos en el ámbito del Derecho Internacional*

---

1430 Y "en concreto, por lo que respecta a la potestad administrativa de autotutela o de ejecución de sus propias decisiones, [...] (la misma) no conlleva una autorización de ingreso en el domicilio con un automatismo formal. Por el contrario, también en las 'entradas administrativas' es menester la autorización judicial prescrita por el art. 18.2 CE que no establece excepciones de este tipo a la garantía procesal que introduce". STC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 3º.

1431 STC 22/1984 de 17 de febrero, FJ 5º.

1432 STC 126/1990, de 5 de julio, FJ 4º.

1433 Así, STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 3º.

*en el que se inserta nuestra Constitución" (cursiva nuestra)* y a partir de ahí, y de la constatación de que a tal derecho en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España se le marca como límite, entre otros, la moral, concluye el TC que la moral es un límite implícito al derecho fundamental que el legislador puede legítimamente establecer. En esta misma sentencia hace operar el TC a la moral como límite también a la libertad de expresión, si bien en este caso conjuntamente con la protección de la juventud y la infancia y resulta claro que es este último bien el que en realidad funciona como límite a la libertad de expresión<sup>1434</sup>. En cambio, en el primer caso es sólo la moral, en cuanto límite reconocido en los textos internacionales respecto del derecho a un proceso público, el bien que se hace operar o funcionar como límite a tal derecho, doctrina reiterada en otras sentencias<sup>1435</sup>. Y ello es lo que, a nuestro juicio, no resulta admisible, pues una cosa es que los derechos fundamentales hayan de ser interpretados de conformidad con la DUDH, el CEDH o los demás textos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por España, como impone el art. 10.2 CE, y otra muy distinta que, ignorando el carácter de "mínimos" que tales documentos internacionales tienen por su propia naturaleza, se pretenda deducir de tales textos internacionales límites autónomos para hacerlos valer como límites implícitos. El art. 10.2 a lo que autoriza es a apoyarse en tales documentos internacionales para buscar en el texto constitucional límites implícitos a un derecho fundamental, pero no a utilizar a tales documentos como fuentes autónomas de límites, lo que conlleva que un límite que explícitamente se consagre en tales textos internacionales como límite a un derecho fundamental podrá operar como límite a un derecho constitucional si tal límite encuentra también una justificación material en nuestro sistema constitucional, y no meramente por la vía del art. 10.2 CE, pues tal

---

1434 La STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5º, cita a la STC 62/1982 y justifica la existencia de la moral como límite a los derechos del art. 20 CE a partir del CEDH, pero lo cierto es que no da a ese límite ninguna aplicación concreta, remota siquiera, en el caso. Lejos de ello, es significativo que la misma sentencia señale que "el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución", no en los textos internacionales, añadiríamos nosotros, sin perjuicio de su valor interpretativo también respecto de los límites a los derechos y más bien en un sentido restrictivo, o por lo menos sólo concretizador, de los mismos.

1435 STC 65/1992, de 29 de abril, FJ 2º: "En efecto, del art. 29, en relación con el art. 10, ambos de la Declaración Universal, del art. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 61 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se deduce que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencia, durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes. Así lo ha declarado, igualmente, este Tribunal en reiteradas decisiones (ATC 96/1981, SSTC 62/1982, 96/1987 y 176/1988), confirmando la validez de las excepciones al principio de publicidad del proceso establecidas en el art. 232 LOPJ y en el art. 680 LECr."

precepto no es en modo alguno una tubería de desguace para vaciar de contenido los derechos fundamentales, permitiendo formar un puzzle con todas las posibilidades limitadoras de los derechos que los textos internacionales en materia de derechos humanos, tan indeterminados con frecuencia, permitan, sino que su significado es justamente el contrario: los textos internacionales, en cuanto expresión de un mínimo de la comunidad internacional (o regional europea) en materia de derechos humanos, han de servir para fijar un contenido mínimo a los derechos fundamentales en el ordenamiento interno, pero ni siquiera entonces como fuente autónoma de derechos, sino sólo como criterio hermenéutico, manifestación concreta del "favor libertatis", y también para precisar el alcance de un límite "constitucional", límite éste que tiene que existir, bien explicitado en el texto constitucional, bien de una manera implícita, sirviendo el art. 10.2 sólo, y a lo sumo, como criterio hermenéutico de apoyo para determinar que tal límite implícito existe, así como su alcance, pero nunca como fuente autónoma directa<sup>1436</sup>. No es ése el criterio seguido por el TC en la STC 62/1982 y por ello la misma ha de merecer, en nuestro criterio, una severa censura, siendo de destacar

---

1436 Es, por ello, enteramente correcto el uso que se hace de los instrumentos internacionales como un criterio hermenéutico más para fijar un límite "constitucional" a un derecho fundamental, en las SSTC 13/1985, de 31 de enero, FJ 3º; 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2º; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5º; 29/1995, de 6 de febrero, FFJJ 3º y 4º; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 6º; 140/1995, de 28 de septiembre, FFJJ 3º ss. No compartimos, en consecuencia, en modo alguno, la opinión de Saiz Arnaiz (La apertura..., cit., pp. 238-239 y n. 313) en el sentido de que estas sentencias conlleven una asunción por el TC de unos límites derivados autónomamente de los tratados internacionales, ni siquiera como casos aislados y basta con la lectura reposada de las sentencias para comprobar hasta que punto no es así, más allá de que se comparta o no la concreta solución que en cada una de ellas se da. Y desde luego no es así en el caso de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, que cita el art. 5.1 CEDH (y no el 6.3, por cierto, como dice Saiz), pero no como un límite autónomo, sino como un criterio hermenéutico y un criterio hermenéutico destinado además a servir a una interpretación restrictiva de los límites a la libertad personal, pues al remitirse el art. 17 CE a los supuestos en que la ley prevea la privación de libertad sin fijar ningún criterio material, aun partiendo de la necesaria observancia del principio de proporcionalidad, es indudable que se deja mucho campo al legislador y el art. 5.1 CEDH, al establecer una lista taxativa de supuestos en que cabe la privación de libertad, supone un importante canon de control, que es el que el TC asume y ello nada tiene que ver con la asunción de límites autónomos a partir de textos internacionales sobre derechos humanos. Y en la STC 140/1995, de 28 de septiembre, a la que formularon tres magistrados un importante voto particular, es claro el TC al decir que lo que examina es "si el límite u obstáculo para el acceso a la jurisdicción de la recurrente que se deriva del art. 31,1 del Convenio de Viena de 1961 en relación con el art. 21,2 LOPJ es constitucionalmente legítimo, por responder a fines o bienes que la Norma fundamental ampara y, asimismo, si resulta razonable y proporcionado a dichos fines, al igual que hemos hecho en supuestos en los que se planteaba la inmunidad de ejecución de Estados extranjeros (STC 107/92 y 292/94)" (FJ 5º), y ése es justamente el examen que el TC lleva a cabo, utilizando los instrumentos internacionales sólo como criterio hermenéutico de apoyo y no, en absoluto, como fuente de límites al derecho fundamental, aun siendo uno de configuración legal como el del art. 24 CE (FJ 6º).

por lo demás que el TC, hasta donde hemos podido comprobar, no ha vuelto a seguir esta nada inocua doctrina.

En cuanto a la admisibilidad de estos límites, según Rubio Llorente, en general es muy limitada en el caso de los derechos de libertad, y mucho más extensa en el de los derechos de pura configuración legal, respecto de los que es difícil distinguir entre limitación del derecho para la consecución ajena a él y configuración del derecho de acuerdo a la realidad, es decir, con las posibilidades de todo género necesarias para su realización<sup>1437</sup>.

## **V.- REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE TODA LIMITACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **1.- Reserva de ley<sup>1438</sup>**

El artículo 53.1 CE establece que "sólo por ley" podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título 1, esto es, los aquí considerados como derechos fundamentales. Ello plantea la cuestión de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, que es el enfoque que de manera exclusiva aquí nos importa, sin entrar en otras cuestiones planteadas por la reserva de ley sin relevancia, sin embargo, respecto de la reserva en materia de derechos fundamentales. Sobre esta base, los aspectos más importantes serían los siguientes:

1.- En primer lugar, hay que decir que la "reserva de ley" respecto de los derechos fundamentales no significa, no puede significar, que el legislador deba intervenir y regular tales derechos para que los mismos resulten operativos. Esta es una concepción de los derechos fundamentales que tuvo larga vigencia en nuestro constitucionalismo histórico pero que nuestra vigente Constitución ha desterrado definitivamente. Ya no rige el principio de que los derechos fundamentales valen en el marco de las leyes. Ahora, el principio se ha invertido completamente y son las leyes las que sólo valen en el marco de la Constitución y, muy especialmente, de los derechos fundamentales. Más aún, una característica esencial de los derechos fundamentales de la Constitución española, como consecuencia indudable de su valor y posición central en nuestro ordenamiento y de su mayor valor va a ser que los mismos, no así sus límites, resultan directamente vinculantes, *incluso a falta de regulación legislativa* en la mayor medida en que sea efectivamente posible.

Así, con relación al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, dirá el TC que "el que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo

1437 Francisco Rubio Llorente, "La configuración...", cit, p. 1338.

1438 Sobre el significado histórico y actual de esta garantía, véase el reciente trabajo de Eduardo García de Enterría, "La democracia y el lugar de la ley", REDA, núm. 92, octubre-diciembre 1996, pp.609 ss.

haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 CE) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su artículo 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable, supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia", aunque "cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la CE carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella", aunque, aclara también el TC, "no corresponde, sin embargo, a este Tribunal determinar la forma en que dicha suspensión o aplazamiento ha de concederse"<sup>1439</sup>.

Tal operatividad inmediata opera incluso respecto de un derecho de configuración legal tan paradigmático como el reconocido en el artículo 24 CE. En efecto, puede leerse en la STC 39/1983: "los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (art. 53 CE). No cabe oponer a este principio en el caso del art. 24 lo dispuesto en el art. 117.3, ambos de la CE, como hace la Sentencia impugnada, pues este último precepto se limita a establecer, en lo que aquí interesa, que las normas de competencia serán fijadas por las leyes, y no implica en modo alguno que dichas normas puedan negar la tutela judicial efectiva que prescribe el art. 24, sino que ellas deben establecer cuáles son en cada caso los órganos judiciales a los que corresponde prestar aquella tutela, lo que es una cuestión evidentemente distinta. Por otra parte, el citado art. 24 de la CE no impone naturalmente qué vía jurisdiccional han de marcar las leyes para otorgar la tutela judicial. Esta es una cuestión de legalidad ordinaria, y cualquier vía sirve siempre que cumpla los requisitos constitucionales establecidos para la Administración

---

<sup>1439</sup> STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 8. Y sobre la televisión local por cable, véase la STC 31/1994, de 31 de enero, a la que ha seguido otra jurisprudencia en el mismo sentido (véase la citada en la STC 47/1996, de 25 de marzo, FJ 3º. No obstante, véase también STC 88/1995, de 6 de junio, FJ 7º y el importante voto particular.

de Justicia. Lo único relevante desde el punto de vista constitucional es que exista esa tutela judicial, con independencia del órgano que la preste en cada caso"<sup>1440</sup>.

2.- Pero, en segundo lugar, esta operatividad inmediata del derecho fundamental, sin necesidad de desarrollo legislativo, no debe inducir a confusión y, en particular, no debe llevar a concluir que existe también una operatividad inmediata, sin necesidad de la *interpositio legislatoris*, de los límites constitucionales. Aquí deben distinguirse, con todo, los límites constitucionales expresos en los que se establece una reserva expresa de jurisdicción para restringir el derecho (a los que hemos llamado "límites de habilitación competencial a favor del juez"), los límites implícitos (y aquí se incluirían en realidad los antes designados como "límites de habilitación competencial a favor del legislador") y los límites expresos con un contenido material, y no de mera habilitación.

En cuanto a los primeros, encontraríamos ejemplos en el artículo 18.2 CE cuando establece que puede excepcionalmente ordenarse la entrada o registro en un domicilio a través de "resolución judicial"; o cuando el artículo 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones "salvo resolución judicial"; o al prescribir la CE que "sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial" (art. 20.5); o al establecer el art. 22.4 CE que "las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada"<sup>1441</sup>. Pues bien, en estos casos, tal y como se sostiene categóricamente en la STC 49/1999, "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal". Y en concreto, respecto de la habilitación para la restricción del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), se considera que la misma debe ser enjuiciada desde dos perspectivas distintas pero complementarias: a) desde el punto de vista de la "exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación: Desde esta perspectiva, los Jueces y Tribunales pueden, pues, acordarla, cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes (STC 22/1984, FJ 3º); b) "sin embargo, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el art. 18.3 CE, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador (SSTC 131/1997, FJ 7º, y 151/1997, FJ 4º)". Desde este punto de vista, considera el TC que la injerencia estatal en el secreto de las comunicaciones debe estar

---

<sup>1440</sup> STC 39/1983, de 17 de mayo, FJ 2º.

<sup>1441</sup> SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 6º; 126/1995, de 25 de julio, FJ 3º; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 4º; vacilantes, 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3º; y 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7º.

prevista en "una Ley de singular precisión" (STC 49/1996, FJ 3º)<sup>1442</sup>, sin que baste con la habilitación constitucional.

Respecto ya de los límites implícitos, todavía hay menos razones para considerar superflua la intermediación del legislador, como puede fácilmente comprenderse, porque aun cuando tales límites se deriven, como así habrá de ser en todo caso, de otros bienes o derechos constitucionales, precisamente su carácter implícito conlleva una exigencia de que sea el legislador el que los explicita como límites a un derecho fundamental, tanto más sí, como por lo general ocurre, son límites indeterminados. Son límites que la Constitución permite para la coordinación de los derechos fundamentales entre sí o de éstos con otros bienes constitucionales, pero habrá de ser el legislador, bajo el control en último término del TC, quien los "descubra" y en su caso los establezca, partiendo siempre, eso sí, de una autorización constitucional, pero sin que sea la Constitución misma la que los establezca directamente. Así se deduce, por ejemplo, de la jurisprudencia constitucional respecto del derecho a un proceso público, derecho que, según el TC, "se reconoce con unos límites implícitos"<sup>1443</sup>, pero ello no como exclusión de la reserva de ley para ciertos límites. Por el contrario, es reiterada su doctrina de que las excepciones o limitaciones de la publicidad de las actuaciones procesales deben contenerse en normas con rango de ley<sup>1444</sup>. Los límites "implícitos" lo son porque no están explícitos en la Constitución, aunque sí lo estén en otras normas internacionales (arts. 11 DUDH, 14 PIDCP, 6 CEDH).

El único caso en que podría resultar discutible si puede admitirse la existencia de límites a los derechos fundamentales sin una previa *interpositio legislatoris* es el de los límites expresos *que resulten en sí mismos claros y mínimamente determinados*. Nuestra opinión es que tal *interpositio legislatoris* será precisa, como señala Rubio Llorente, cuando los límites aluden a determinaciones jurídicas que sólo el legislador puede establecer (por ejemplo, la naturaleza delictiva de los fines perseguidos o medios utilizados por asociaciones, el interés público de los fines de la fundación, etc) o cuando hacen referencia a fines o valores susceptibles de ser entendidos de forma diversa y perseguidos con distinta intensidad según las diferentes orientaciones políticas (por ejemplo, la protección de la juventud y la infancia como límite a la libertad de expresión, si bien el TC hace una aplicación directa de tal límite, sin mediación legal). Y no será, en cambio, necesaria esa intervención previa del legislador, aunque sí sea legítima y hasta deseable, cuando los límites consisten en categorías jurídicas con un valor establecido (por ejemplo, la flagrancia respecto de la inviolabilidad domiciliaria) o de términos que definen circunstancias puramente fácticas (por ejemplo, la veracidad respecto de la libertad de información)<sup>1445</sup>. Tampoco será

1442 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º.

1443 STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 2º.

1444 STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 3º y 65/1992, de 29 de abril, FJ 2º.

1445 Francisco Rubio Llorente, "La configuración...", cit., p. 1331.

necesaria la mediación del legislador cuando se trate de conflictos entre derechos fundamentales, pero incluso entonces es deseable que exista una ley que marque ciertos criterios de resolución del conflicto. Es el caso, ante todo, de los límites previstos respecto de las libertades del art. 20, y que señala el apartado 4 de este artículo: los derechos del Título I de la Constitución, los preceptos de las leyes que los desarrollen y, en especial, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, etc. Pues bien, el TC parece exigir, respecto de tales límites, la intermediación o concurso del legislador y así, en el caso resuelto por la STC 62/1982 el TC señala que de acuerdo con el referido art. 20.4, que establece los límites en cuestión, "en conexión con el art. 53.1 CE, *la Ley puede fijar límites* siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20" (cursiva nuestra)<sup>1446</sup>. Y se refiere además el TC a las garantías que el CEDH exige para la operatividad de los límites que el mismo prevé en su art. 10 para la libertad de expresión, entre las que se encontraría la exigencia de que las medidas han de estar previstas en la Ley, procediendo a continuación a determinar "si tales garantías han sido o no observadas"<sup>1447</sup>.

3.- En tercer lugar, hemos de aclarar que, aunque unas líneas más arriba decíamos que la reserva de ley se refiere a todos los que aquí consideramos como derechos fundamentales, ello no es así exactamente, pues no abarca al derecho fundamental a la igualdad del artículo 14, pese a que el artículo 53.1 CE se remite a todos los derechos fundamentales del capítulo II del Título Primero CE y entre ellos se encuentra la igualdad. Ello lo ha afirmado el TC con relación, más en particular, a la reserva de ley orgánica, pero en una doctrina que, en cuanto basada en la inhabilidad de la igualdad para "ser objeto de una *regulación o desarrollo normativo*" general por su carácter de derecho relacional y no autónomo, parece indudablemente extrapolable al artículo 53.1 CE<sup>1448</sup>.

4.- En cuarto lugar, hay que señalar que la reserva de ley, y en su caso de ley orgánica, no es un elemento extraño al derecho fundamental de que en cada caso se trate, sino que es un elemento que se incorpora al contenido del derecho como uno de sus componentes. Como dice nuestro TC, con relación a la exigencia de que la privación de libertad de una norma penal aparezca regulada en una ley orgánica, "es claro que a la hora de establecer garantías para los diversos derechos enunciados en la Constitución, el rango de la norma aplicable —es decir, que se trate de una norma con rango de Ley o con rango inferior— y, en su caso, el tipo

1446 STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3º A).

1447 STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3º B) y C).

1448 "Existe, pues, una exclusión expresa del art. 14 en el artículo 81.1 de la Constitución. Tal exclusión está justificada porque la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De ahí que pueda ser objeto de amparo en la medida en la que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general": STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2.a.



de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de un derecho — Ley Orgánica u Ordinaria— representan un importante papel por cuanto las características 'formales' de la norma (como son la determinación de su autor y el procedimiento para su elaboración y aprobación), suponen evidentemente límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos que son otras tantas garantías de los derechos constitucionalmente reconocidos. El que se requiera que la norma penal se contenga en una Ley Orgánica, que exige un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía —frente al mismo legislador— a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. No puede hablarse por ello de un 'derecho al rango' de Ley Orgánica, con contenido en el art. 17.1, sino más bien, de que el derecho en ese artículo reconocido a la libertad y seguridad, incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1, 53.1 y 2 y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho. La remisión a la Ley que lleva a cabo ese artículo ha de entenderse, como dijimos, como remisión a la Ley Orgánica; de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter, viene a constituir una vulneración de las garantías del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 de la CE y, por ello, una violación de ese derecho protegible en la vía de amparo<sup>1449</sup>. Por ejemplo, una intervención, acordada por la Administración penitenciaria fuera de los casos previstos en la ley, o en contra de una prohibición legal de intervención administrativa de las comunicaciones con la Autoridad judicial, de una comunicación escrita de un recluso dirigida a un órgano judicial resulta lesiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones<sup>1450</sup>.

5.- En cuanto a la función de la reserva de ley con relación específicamente a las restricciones de los derechos fundamentales, hay que hacerse eco de la doctrina de nuestro TC en el sentido de que "este principio de reserva de la ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos"<sup>1451</sup>. Y según la STC 49/1999, puede considerarse que esta reserva de ley cumple una doble función: "de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no

1449 SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5º; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6 a); 175/2000, de 26 de junio, FJ 4º.

1450 Se trataba de un supuesto incardinado en una relación, como la penitenciaria, de especial sujeción. En el caso de la STC 127/1996, de 9 de julio, FJ 4º no había prohibición legal expresa, que sí existía ya, en cambio, al dictar la STC 175/2000, de 26 de junio, FJ 3º. Fuera de esto, se trataba de casos esencialmente iguales y en los dos casos se considera vulnerado el derecho por inobservancia de la reserva de Ley.

1451 STC 83/1984, de 24 de julio, FJ, 4º.

autorizada por sus representantes, y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10º). Y así, por ejemplo, la habilitación constitucional expresa para intervenir las comunicaciones excepcionalmente por medio de "autorización judicial" cumple con la reserva de ley desde el punto de vista de la pura legalidad, pero no, en cambio, desde la perspectiva de la certeza, en cuanto que el art. 18.3 CE no hace "referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica" y por ello "resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador"<sup>1452</sup>.

Esto último conecta con las exigencias materiales de la reserva de ley, que desde luego pueden considerarse constitucionalmente exigibles. Como resumía recientemente el TC: "En diversas ocasiones, y ya desde nuestras primeras sentencias (véanse, v.gr., SSTC 61/1981, 86/1982 y 183/1984, entre otras), hemos afirmado que la reserva de ley no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto al contenido de la ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate", debiendo el legislador, en cualquier caso, hacer el "máximo esfuerzo posible" para garantizar la seguridad jurídica, esto es, "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho"<sup>1453</sup>, para lo cual se refiere el TC a la doctrina del TEDH sobre el particular, especialmente en la STEDH de 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela*).

En dicha sentencia, el TEDH condenó a España por haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones conforme a una ley que no cumplía las exigencias mínimas relativas al contenido o calidad de la ley<sup>1454</sup>. Asumiendo su doctrina, nuestro TC considera que a los

<sup>1452</sup> STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º.

<sup>1453</sup> Para el secreto de las comunicaciones, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º; 150/1989; 85/1994, FJ 3º; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5º; 49/1996, FJ 3º y 123/1997, FJ 4º. Para la intimidad, STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7º.

<sup>1454</sup> En concreto, señala el TEDH: "la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad" (fundamento de Derecho 46, IV).

recurrentes, a quienes se aplicó la misma normativa legal que a los afectados por la STEDH citada, también ha de aplicárseles la doctrina de dicha sentencia y, por ello, entender que se conculcó su derecho al secreto de las comunicaciones por no estar la medida adoptada prevista en una ley que cumpla los requisitos materiales de certeza y seguridad jurídica<sup>1455</sup>.

Sin embargo, a través de una curiosa construcción conceptual, sostiene el TC que esa vulneración del art. 18.3 CE es "autónoma e independiente de cualquier otra" y consiste en el peligro que se deriva de la falta de certeza para todos aquellos a quienes podía aplicarse la medida de intervención telefónica. Pero tal vulneración "no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención", pues "si, pese a la inexistencia de una Ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que, de modo patente, hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha Ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas"<sup>1456</sup>. Y entiende el TC que en el caso de autos no se dan estas condiciones, por lo que también desde esta perspectiva hay que apreciar una vulneración del art. 18.3<sup>1457</sup>. Esta construcción resulta rechazable, y en este sentido nos parece que lleva razón el magistrado señor Cruz Villalón cuando, en su voto particular a la sentencia, reprocha a la mayoría que siga esta doctrina, según la cual las carencias en la calidad de la ley podrían "ser, por así decir, posteriormente 'neutralizadas' por medio de una actuación judicial particularmente respetuosa del derecho fundamental en cuestión", pues ni es ése el modo de operar del TEDH en los casos *Huvig* y *Kruslin* ni en nuestro ordenamiento constitucional parece que pueda decirse que se ha vulnerado el derecho fundamental por la deficiencia de la ley y, sin embargo, afirmar que la lesión puede ser contrarrestada por el Juez, pues las carencias de previsibilidad no son susceptibles de una subsanación *ex post facto*. "La doctrina de los casos *Huvig* y *Kruslin* es que, mientras no se cubran las deficiencias de la ley, el TEDH seguirá apreciando vulneraciones del derecho fundamental (cosa distinta, pero no irrelevante, es que la reparación de esa vulneración, como en el caso *Valenzuela*, se considerase satisfecha con la sola declaración de la misma)"<sup>1458</sup> y ello sin perjuicio, añadiríamos por nuestra parte, de que el TC, atendiendo a los efectos de su decisión, pueda excepcionalmente declarar la mera inconstitucionalidad sin nulidad o inconstitucionalidad *pro futuro* de la falta

---

1455 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5º.

1456 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5º.

1457 STC 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 6º-11º.

1458 Voto particular a la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 3º.

o insuficiencia de cobertura legal a través de una sentencia prospectiva.

También ha de merecer una severa crítica, a nuestro juicio, la doctrina del TC en la sentencia 185/1989, en la que, tras descartar que la declaración como persona *non grata* de un catedrático supusiera una lesión a su honor, afirma el TC: "Finalmente, es preciso señalar que la no vulneración del derecho al honor en este caso nada prejuzga sobre si los Ayuntamientos u otras instituciones públicas análogas tienen o no habilitación legal, en cuanto tales personas jurídicas, para hacer declaraciones como la aquí considerada o, en general, para criticar a los administrados. En todo caso, sí conviene precisar, frente a lo que sostiene en sus alegaciones el Ayuntamiento de Priego, que no puede equipararse la posición de los ciudadanos, de libre crítica de la actuación de las instituciones representativas en uso legítimo de su derecho fundamental a la libertad de expresión, a la de tales instituciones, cuya actuación aparece vinculada al cumplimiento de los fines que le asigna el ordenamiento jurídico, entre los cuales ciertamente, no se encuentra el de atribuir calificativos a sus administrados. Pues no puede olvidarse que en el presente caso no se trata de las declaraciones de uno de los miembros de la Corporación, sino de la manifestación de un juicio que pretende atribuirse a la propia Corporación en cuanto tal. El que el calificativo empleado no pueda considerarse ofensivo contra el honor del ciudadano afectado no implica, por tanto, asentir sobre la regularidad y pertinencia de la decisión municipal"<sup>1459</sup>.

La última parte de estas consideraciones es perfectamente suscribible, pero no lo es la primera parte porque si los Ayuntamientos en general, y en concreto el Ayuntamiento que emitió la declaración como persona *non grata*, carecen de habilitación legal para emitir declaraciones de esa naturaleza, y se acepta (como el TC ha hecho) que las mismas afectan (aunque no lesionen) al derecho fundamental al honor, la falta de habilitación por ley conlleva que la actuación realizada sin sujeción a la ley previa lesiona el derecho fundamental afectado. Y ello debió analizarse con carácter previo al análisis de la justificación material (proporcionalidad, generalidad, contenido esencial), no *a posteriori*, ni menos todavía dejar sin analizar dicha cuestión o, como dice el TC, sin "prejuzgarla". Juzgarla es una obligación del TC, pues si no hay reserva de ley se vulnera el derecho fundamental y el TC debe otorgar su amparo<sup>1460</sup>.

---

<sup>1459</sup> STC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4º.

<sup>1460</sup> También resulta rechazable la doctrina sentada por el TC en su sentencia 176/1988, de 4 de octubre, en la que se juzgaba de la compatibilidad de la declaración del secreto sumarial con el derecho de defensa. El artículo 302 LECrim., en lo que ahora importa, circunscribe temporalmente aquel secreto pues podrá decretarse sólo "por tiempo no superior a un mes", sin que se prevea la prórroga del mismo en dicho precepto ni en ningún otro precepto legal. Pues bien, la doctrina clara y diáfana del TC es la de que "en modo alguno es de admitir, desde la perspectiva del derecho de defensa, que el Juez, por no venir prevista prórroga en ese precepto legal, quede impedido para proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección" (FJ 4º). Esta doctrina supone reducir a la nada a la reserva de ley, al menos cuando exista

Resulta igualmente rechazable la doctrina sentada por el TC en su STC 176/1988. Se trataba de determinar si una medida por la que se acordaba prorrogar el secreto sumarial decretado inicialmente por un plazo de un mes tenía o no base legal. El artículo 302 LECrim establece que, con carácter excepcional, podrá decretarse el secreto total o parcial de las actuaciones sumariales respecto de las partes personadas "por tiempo no superior a un mes". Pues bien, el TC, frente a la clara dicción del precepto legal, va a sostener la peligrosa doctrina de que no puede entenderse que el juez, por no venir prevista prórroga en tal precepto, "quede impedido para proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección", pues, una vez levantado el secreto, la parte podrá ejercer plenamente su derecho de defensa, sin que la prórroga haya producido un resultado real de indefensión, si las razones justificadoras del secreto han persistido durante el tiempo de la prórroga<sup>1461</sup>. Esta doctrina resulta enteramente rechazable, pues el secreto del sumario restringe un derecho fundamental (no el derecho a un proceso público, que viene referido sólo al juicio oral, pero sí el derecho de defensa, concretamente el principio de contradicción) y para que esa restricción sea legítima no basta con que exista un valor constitucional que así lo justifique, que aquí según el TC sería el "interés de la justicia", sino que, siendo ello condición *sine qua non*, es preciso además, que tal restricción esté explícitamente prevista en la ley, conforme a las exigencias de accesibilidad y previsión derivadas del CEDH en la jurisprudencia del TEDH que el TC ha hecho suya. Y desde este punto de vista, es obvio que el art. 302 LECrim no ofrece tal base legal, como el TC no se priva en reconocer ("por no venir prevista prórroga en ese precepto legal"). A partir de ahí se imponía necesariamente, desde nuestro punto de vista, la declaración de inconstitucionalidad de cualquier prórroga del secreto sumarial, por carecer de base legal. Lo que desde luego no podía hacerse era sostener que la existencia de un valor constitucional como límite implícito a un derecho constitucional justifica por sí solo, sin la intervención del legislador, la limitación de un derecho fundamental. Ello quizás pueda sostenerse respecto de los límites constitucionales expresos que sean suficientemente precisos, pero no desde luego respecto de los límites implícitos, como era el caso. Al no entenderlo así el TC, ha ignorado el significado de una garantía esencial del Estado de Derecho como es la reserva de ley, vulnerando además la seguridad jurídica. Pues es obvio que un ciudadano no puede prever límites a sus derechos fundamentales que se deriven de valores constitucionales si no están explícitos con mínima precisión bien en la propia Constitución bien en una ley. Si se sostiene lo contrario, se abre

---

algún interés constitucional que justifique la limitación, doctrina que nos parece enteramente rechazable, por más que en su elaboración hayan podido pesar acaso los efectos gravísimos de la estimación de que la prórroga del secreto sumarial carecía, y sigue careciendo, de cobertura legal y no podía, por sólo ello, practicarse.

<sup>1461</sup> STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4º.

un peligroso portillo a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad y así ha ocurrido en este caso.

Por el contrario, nos parece enteramente suscribible, y marca la línea a seguir, la reciente STC 144/1999, de 22 de julio, en la que, con relación a la irregular petición telefónica por una Junta Electoral de Zona al Registro Central de Penados y Rebeldes de la hoja histórico-penal y su remisión por fax sin precaución alguna por aquel Registro (pese a su deber inexcusable de resguardar la confidencialidad de la información en él contenida), se señala que tal petición carecía de toda cobertura legal, sin que la finalidad de velar por la pulcritud del proceso electoral pueda en ningún caso amparar "la asunción de poderes exorbitantes en infracción de la legalidad" y sin que el hecho de que el Presidente de tal Junta fuera un Juez sirva para justificarlo, pues no actuará entonces como Juez, sino como Presidente de un órgano meramente administrativo, órgano al que ninguna norma habilita para acceder a aquella información. Sostiene así el TC, en una importante doctrina que nos parece enteramente acertada, que, "siendo el acceso por un Poder Público a la hoja histórico penal de un ciudadano una limitación de su derecho a la intimidad, no sólo es del todo inexcusable que una Ley lo permita, sino que, además, esa Ley debe establecer explícitamente tanto el límite de que se trate cuanto los términos en los que ese límite puede hacerse valer. De otro modo, las reservas de ley que tienen por objeto justamente habilitar al legislador para fijar límites a los derechos fundamentales dejarían de cumplir su función como garantías complementarias del propio derecho fundamental que limitan (STC 49/1999)"<sup>1462</sup>. Y por todo ello, la simple inobservancia de la reserva de ley lleva, sin más, a declarar lesionado el derecho fundamental a la intimidad del recurrente, en una solución atinada que responde a una doctrina correcta que, sin embargo, no siempre aplica el TC, como hemos visto ya, acaso en consideración a los graves efectos de su decisión, pero sin hacer siquiera un llamamiento al legislador para que, en su caso, colme alguna laguna o insuficiencia legal.

6º.- En cuanto a la posibilidad de colaboración reglamentaria con la ley, la misma, como no podía ser de otro modo por razones imperiosas, ha sido admitida por nuestra jurisprudencia constitucional: "El principio [de reserva de ley] no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador [ ] Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad *a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley*. Y este criterio aparece

contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las cuales se produce una verdadera *deslegalización de la materia reservada*; esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir" (cursiva nuestra)<sup>1463</sup>.

7º.- En cuanto a la densidad reguladora de la ley, es decir, su contenido material necesario, hay que decir que: 1) el mismo resulta variable, siendo la densidad de regulación material por la propia ley especialmente intensa en los casos de tipificación de una conducta delictiva o antijurídica; 2) el TC asume como exigencias constitucionales

---

1463 STC 83/1984, de 24 de julio, FJ, 4º. Y así, por ejemplo, con relación al derecho fundamental al acceso a los cargos y funciones en las Administraciones públicas en condiciones de igualdad, la reserva de Ley como componente de tal derecho es un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas, que "ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el Juez —que lo es de la legalidad— tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas, sin que ello pueda implicar tampoco, como es obvio, la sustitución de la discrecionalidad técnica de la Administración —la calificación técnica del órgano calificador— por la judicial". Y resulta, asimismo, "totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la Ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen o añadan nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios innovativos de diferenciación donde el legislador no había diferenciado, desconociendo de esta forma el criterio igualatorio sancionado por éste". SSTC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6 a); 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5 b). En el caso, se trataba de que el órgano jurisdiccional había convertido un elemento o mérito fijado como criterio de valoración por la Comisión evaluadora (de una plaza de profesor titular), como es la experiencia docente, en un requisito o condición de acceso a dicho Cuerpo docente que no es exigido por la normativa reguladora de dichos concursos, por lo que quienes carecieran de ese requisito quedarían excluidos del proceso selectivo, pese a que la Ley reguladora no lo previese así. Por ello, entiende el TC que el órgano judicial vulneró el derecho del art. 23.2 CE (FJ 9º). Otro ejemplo se encuentra en la STC 60/2000, en la que el TC estimó que la tipificación de una falta, leve incluso, por remisión en blanco a los reglamentos, aun cuando se trate de una tipificación limitada a un ámbito sectorial determinado (transportes terrestres), no satisface las exigencias del principio de legalidad (art. 25.1 CE) en cuanto se deja al poder reglamentario por entero y *ex novo* la definición de las conductas susceptibles de sanción: STC 60/2000, de 2 de marzo, FFJJ 4º y 5º, sentencia del Pleno con voto particular de Garrido Falla, quien entendía que las normas enjuiciadas sólo afectarían a un sector de la población bien definido, en buena parte sujeto a la potestad reglamentaria de la Administración por específicos títulos de supremacía, como es la concesión o autorización especial, por lo que entra dentro de la función colaboradora del reglamento la definición de infracciones si la remisión, como en este caso, "tiene límites precisos (calificación de la falta como leve y determinación de los destinatarios de la norma)". Y es que la enumeración por el legislador de este tipo de faltas difícilmente puede ser exhaustiva.

los requisitos elaborados en la jurisprudencia del TEDH de precisión y previsibilidad de la regulación legal. El TC formula además una suerte de regla en función de la cual puede decirse que cuanto más intensa sea la limitación, incluso temporal de urgencia, de un derecho fundamental, tanto más taxativa ha de ser la norma que la prevé (la que podría llamarse "regla de la taxatividad progresiva"<sup>1464</sup> de la reserva de ley); 3) la comprobación

---

1464 Esta regla de la "taxatividad progresiva" se deduce del reciente asunto "La máquina de la verdad". Se trataba en este caso de una medida acordada judicialmente de prohibición a una cadena de televisión de emitir y proyectar un determinado programa en el que, con presunción rayana en la certeza, se iban a reiterar manifestaciones por parte de una antigua niñera que podrían conculcar los derechos al honor, a la propia imagen e intimidad personal y familiar (además de afectar a la buena marcha del proceso penal). Se planteaba al respecto el problema de si para la adopción de tal medida ofrecía base legal suficiente el artículo 3.2 de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (LPJDF), que dice: "Los jueces, al iniciar el procedimiento, podrán acordar, según los casos, el secuestro de la publicación, o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva". Pues bien, el TC va a exigir no sólo que esta medida aparezca cubierta por una Ley Orgánica (respetuosa del contenido esencial de los derechos fundamentales), sino que examina si el supuesto de autos estaba habilitado o no por esa reserva. Señala el TC que la finalidad del citado precepto es, por un lado, la "protección de los perjudicados" por los hechos que han servido de fundamento para la apertura de las diligencias penales, sin perjuicio de que esas medidas puedan acordarse también con el fin de asegurar la subsistencia o presencia de las piezas de convicción en el juicio oral. Y se centra el TC en la segunda de las medidas previstas en dicho artículo, la prohibición de emitir, que si bien equivale a la primera de las medidas (el secuestro) cuando la información está contenida en un soporte material, también puede emplearse, como en el caso de autos, "para impedir que se difunda aquella información en tela de juicio, que es precisamente la actividad delictiva a la cual se refiere el precepto, impidiendo el uso del medio a través del cual se pretende divulgar el mensaje presuntamente lesivo de los derechos fundamentales de un tercero, sin necesidad, claro está, de que se ponga a disposición del juez ese medio prohibido, cuando menos por la evidencia de que dicho soporte aún no lo sería del mensaje cuya difusión se somete a tan severa restricción". Esta prohibición, añade el TC, difícilmente puede cumplir los fines cautelares probatorios propios del secuestro judicial "y, por ello, sólo cabe concluir que semejante interdicción, a diferencia del secuestro de publicaciones, sólo puede tener como único fin legítimo amparar a la eventual víctima de una actividad delictiva (art. 13 LECrim.), impidiendo que ésta prosiga o se reitere, a riesgo de que el daño supuestamente infligido sea aún mayor del sufrido o se torne irreversible". Y por otro lado, considera el TC que el artículo 3.2 LPJDF, "a pesar de la parquedad con la que establece los términos y circunstancias de semejante habilitación", respeta las exigencias de precisión y previsibilidad exigidas por el TEDH. En concreto, señala el TC que no se trata "aquí de la tipificación de una conducta delictiva o antijurídica", donde las exigencias del principio de legalidad en relación con la seguridad jurídica "pesan con especial intensidad". Es cierto que se trata de una autorización al juez para adoptar una medida restrictiva de los derechos fundamentales del artículo 20.1 CE, pero, de un lado, "la necesaria provisionalidad de la medida, para no hacer de ella una suspensión individualizada de derechos fundamentales" (vedada, por cierto, por el art. 55.2 CE), que naturalmente debe poder revisarse en cualquier momento y levantarse en cuanto desaparezcan las causas que la hayan motivado; y, de otro lado, la sumariedad del procedimiento en el que puede acordarse, hacen que los efectos de tal medida de urgencia sobre el ejercicio de las libertades del art. 20.1 CE sean de menor intensidad que aquellas otras que pueden implicar una privación de derechos fundamentales de



de si se ha observado el principio de legalidad no es la misma, ni por su alcance ni por sus parámetros de enjuiciamiento y pese a la formal coincidencia de su denominación, desde el prisma del derecho fundamental sustantivo afectado (libertad de expresión) que desde la perspectiva, en su caso, del principio de legalidad penal cuando se trate de un supuesto en que intervenga el Derecho Penal. Las exigencias de tipicidad son más estrictas cuando atañen al ámbito de la legalidad penal que cuando conciernen, únicamente, al ejercicio de algún otro derecho fundamental sustantivo<sup>1465</sup>.

8º.- Es sabido que nuestra Constitución no sólo contiene reservas específicas para algunos derechos fundamentales, sino también una reserva genérica de ley para la regulación de tales derechos en su art. 53.1. Rubio Llorente ha señalado que en ambos casos cabe hablar evidentemente de reserva de ley pero, mientras que cuando actúa en el marco de la reserva general el legislador "opera con plena libertad, dentro de los límites que la Constitución impone a la configuración (o delimitación) legislativa de los derechos y puede no actuar si no lo considera necesario" (principio de proporcionalidad y contenido esencial), cuando lo hace en virtud de reserva de ley específica (implícita siempre, por lo demás, en los derechos de prestación y en los procesales) su actuación está prevista expresamente por la Constitución y en esa medida postulada por ésta (no cabe la limitación implícita, sino sólo en atención a los fines que la propia Constitución señala expresamente)<sup>1466</sup>.

9º.- En cuanto a la cuestión de qué ha de entenderse por "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", materia que según el art. 81 CE ha de ser regulada por ley orgánica, el TC señala que "la doctrina que se ha ocupado de este problema" no es uniforme: "El TC sin embargo se ha pronunciado ya por el entendimiento de que 'los derechos fundamentales y libertades públicas' a que se refiere el artículo 81.1 CE son los comprendidos en la Sección 1ª, Capítulo Segundo, Título I (STC 76/1983), exigiéndose por tanto forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985), pero no cuando meramente los afecten o incidan en ellos (STC 6/1982)"<sup>1467</sup>. La reserva de ley orgánica tiene, por ello, "una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites"<sup>1468</sup>.

---

mayor severidad. Menor intensidad en la limitación temporal del ejercicio de un derecho fundamental que permite una menor taxatividad en la norma que regula la medida de urgencia que posee este efecto limitativo". Véase STC 187/1999, de 25 de octubre, FFJJ 6º al 8º.

1465 STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 13º.

1466 Francisco Rubio Llorente, "La configuración...", cit., pp. 1336-1337.

1467 STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2º.

1468 STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 2º.

Sin embargo, la reserva de ley orgánica ha de ser objeto de una interpretación restrictiva: "Nuestro constituyente, al configurar la denominada Ley Orgánica (art. 81 CE), lo ha hecho, y así lo ha interpretado este TC, de modo restrictivo y excepcional en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria. Ello supone que sólo habrán de revestir la forma de Ley Orgánica aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser extensivo, al tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una interpretación restrictiva. Ese deslinde, aparte del hecho ya por la Constitución, podrá ser realizado por la propia Ley Orgánica, determinando cuáles son propias de su normativa y cuáles las dejadas a la Ley ordinaria, sin perjuicio de la última y definitiva interpretación de este Tribunal"<sup>1469</sup>.

Así, por ejemplo, "las normas procesales no son normas de desarrollo del derecho a la tutela judicial, de aquellas a que se refiere el art. 81.1 de la CE, sino preceptos que regulan los cauces a través de los cuales tal derecho ha de ejercerse"<sup>1470</sup>; las normas atributivas de competencia jurisdiccional no constituyen tampoco un "desarrollo" del derecho al juez predeterminado por la ley, si bien se reconoce que "la existencia de tales normas constituye un presupuesto para la efectividad del derecho" mencionado<sup>1471</sup>. También con relación al derecho de asociación se ha sentado una interpretación restrictiva: "[...] el derecho de asociación [...] se refiere a un género —la asociación— dentro del que caben modalidades específicas [ ] De acuerdo con estas consideraciones, el desarrollo del derecho de asociación reservado a la ley orgánica se refiere al género asociación, por lo que el art. 81.1 de la Constitución no se vulnera por el hecho de que existan leyes —como la Ley 13/1980— que incidan en el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución, siempre que se respete lo establecido en la ley orgánica que lo desarrolle, Ley que en este caso no ha sido aún promulgada después de la Constitución"<sup>1472</sup>; "en principio, no toda regulación referente a las asociaciones, su actividad y funciones puede considerarse como 'desarrollo' del derecho de asociación, pues ello supondría una extensión desmesurada del ámbito de Ley Orgánica al respecto. Ciertamente, cabe considerar que la regulación de determinados aspectos, esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas, son

---

1469 STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2º.

1470 STC 22/1986, de 14 de febrero, FJ 3º.

1471 STC 95/1988, de 26 de mayo, FJ 5º: "mientras que el ejercicio de diversos derechos y libertades requiere una normativa de desarrollo que especifique sus límites respecto a otros derechos, y provea las condiciones para su efectividad, tal no es el caso en cuanto al derecho aquí considerado, cuyo ejercicio queda garantizado por la mera aplicación en cada supuesto de las normas preexistentes atributivas de competencia; de manera que el contenido de este derecho se agota con esa aplicación, sin necesidad de norma alguna que lo desarrolle, o precise las condiciones de su ejercicio".

1472 STC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 5º.

elementos necesarios del 'desarrollo' normativo a realizar por Ley Orgánica. Pero, aparte de estos elementos esenciales y necesarios, la Ley Orgánica puede ampliar el contenido del derecho de que se trate, o bien puede remitir a leyes ordinarias la regulación de aspectos que no resulten decisivos o capitales en su configuración o, finalmente, puede optar por no incluir en su 'desarrollo' aquellos aspectos que el legislador orgánico estime innecesarios o accidentales. En cualquier caso, no es posible estimar que cualquier regulación que en alguna forma afecte al ejercicio de un derecho constituye forzosamente un 'desarrollo' del mismo, y, en consecuencia, ha de responder a los requisitos del artículo 81 de la CE [...] la regulación por una norma, en este aspecto, sectorial [...]<sup>1473</sup> de una cuestión no esencial o definitoria del contenido del derecho, sino accidental al mismo, ni puede considerarse 'desarrollo', en el sentido del art. 81 de la CE, ni obviamente, se opone a Ley Orgánica alguna"<sup>1474</sup>. En cambio, "el Código Penal y en general las normas penales, estén enmarcadas en él, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la Constitución, por cuanto fijan y precisan los supuestos en los que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Ley Orgánica"<sup>1475</sup>. Es de destacar, por último, que con relativa frecuencia no se alcanza el consenso en el seno del TC respecto de si una determinada regulación ha de considerarse o no como "desarrollo" de un derecho fundamental a efectos de exigir que tal regulación se lleve a cabo por medio de Ley Orgánica<sup>1476</sup> y es que ciertamente se trata de una cuestión compleja para la que no se ha propuesto hasta ahora ningún criterio que resulte enteramente satisfactorio tanto desde un punto de vista formal como material<sup>1477</sup>.

10º.- Por último, merece destacarse que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior a la Constitución y que se aprobaron respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento preconstitucional de su promulgación, aunque ello no permite asimilar la regulación preconstitucional que exista de un derecho fundamental (así, el Real Decreto-Ley 17/77, respecto del derecho de huelga) a una ley orgánica o a una ley ordinaria postconstitucional ni tampoco que pueda cumplir tal regulación preconstitucional el papel de la norma de integración

---

1473 Se refiere a la regulación de la representación ante administraciones públicas (elemento no esencial del derecho) de unas organizaciones o asociaciones específicas del sector agrario (Cámaras agrarias).

1474 STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 16º.

1475 STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5º.

1476 Existen votos particulares sobre este punto en las SSTC 127/1994, de 5 de mayo; 212/1996, de 19 de diciembre; 173/1998, de 23 de julio; 116/1999, de 17 de junio; y 129/1999, de 5 de julio, sólo entre las más recientes.

1477 Francisco Rubio Llorente, "La configuración...", cit., pp. 1332 ss., quien considera que la jurisprudencia del TC sobre este punto representa una doctrina constitucional plausible pero de escasa consistencia teórica y no asegura la coherencia de las decisiones, esto es, no evita las contradicciones.

a la que la Constitución se remite, pues ésta, en el caso de los derechos de los artículos 15 a 29, tendrá que ser siempre una Ley orgánica y en cualquier caso es al legislador postconstitucional a quien corresponde, para dar cima al desarrollo de la Constitución, confeccionar y elaborar esa ley<sup>1478</sup>.

## **2.- Exclusividad jurisdiccional en el proceso penal y reserva jurisdiccional general**

Aunque la CE no establezca con carácter general un principio de exclusividad jurisdiccional para el establecimiento de restricciones a los derechos fundamentales, sino sólo con relación a concretos derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, secuestro de publicaciones, disolución de asociaciones), lo cierto es que, a partir de la jurisprudencia constitucional, puede hablarse de una regla general de exclusividad jurisdiccional para acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales en el marco de un proceso penal. Así, aunque respecto del derecho a la intimidad no hay ninguna disposición expresa de la CE que exija la intervención del juez para restringir el derecho fundamental, el TC dirá que una "afectación del ámbito de la intimidad", como es un examen ginecológico, acordada en un proceso penal, "es posible sólo por decisión judicial"<sup>1479</sup>, si bien se admiten excepcionalmente ciertas actuaciones extrajurisdiccionales a prevención en el caso de derechos fundamentales sin reserva jurisdiccional expresa en la CE. Pero, más allá de esa intervención en el ámbito del proceso penal, puede hablarse de una reserva general de jurisdicción o exclusividad jurisdiccional global para los derechos fundamentales, no limitada al proceso penal, por más que en éste sea especialmente rigurosa. Como dice Peces-Barba, "una decisión de limitación en casos concretos sólo se puede producir por medio de una decisión judicial", pues "existe implícito, aunque se explice para derechos concretos, y se generalice por la jurisprudencia, una habilitación para los jueces como los únicos competentes para limitar el ejercicio de los derechos"<sup>1480</sup>, si bien este principio o regla general conoce excepciones, aunque en cualquier caso se garantiza siempre un control último por parte del poder judicial, control que habrá de ser especialmente

---

1478 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 5º.

1479 STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7º: "aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que, como observa el Mº Fiscal, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 CE)".

1480 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso...*, cit., pp. 599-600.

intenso, dada la posición central que los derechos fundamentales ocupan en nuestro sistema constitucional.

Desde sus primeras sentencias, ha señalado el TC, en efecto, que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, "el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó. La motivación no es sólo una elemental cortesía sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos (STC 26/1981), y en este mismo sentido afirmamos que toda resolución que limita o restringe el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que las razones justificativas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado. En esta línea, hemos venido reiterando que la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por medio de resolución judicial motivada (SSTC 3/1992 y 13/1994), y que ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas (STC 128/1995)<sup>1481</sup> y tal motivación, así como el control judicial, han de referirse tanto a la adopción de la restricción, como a su desarrollo y cese<sup>1482</sup>. Y un tanto de pasada se afirma también en la STC 62/1982 que "en un Estado democrático [...] debe tenderse a que el poder judicial sea el competente en materia de límites de derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo, dado que el ordenamiento [...] confía a los jueces y tribunales la tutela de tales libertades y derechos"<sup>1483</sup>.

Pero también se trata sólo de una tendencia, de una regla o principio general, que conoce excepciones y modulaciones y puede decirse, así, que tal reserva de jurisdicción tiene una vigencia especial o más rigurosa en el ámbito del proceso penal, así como en el caso de los derechos fundamentales en que la Constitución de manera explícita consagra una reserva jurisdiccional, aunque incluso en esta última hipótesis no pueden descartarse supuestos, no por excepcionales totalmente infrecuentes, en que tal reserva no resulte aplicable (así, ante todo, respecto de la inviolabilidad domiciliaria, cuando se da un estado de necesidad). Por ello, con matices o ciertas limitaciones, puede sostenerse la existencia de una reserva general de jurisdicción, bien que no absoluta (sobre todo respecto de los derechos fundamentales con relación a los cuales la Constitución no la consagra explícitamente, y fuera del proceso penal), en materia de restricciones severas a los derechos fundamentales, además de que toda medida restrictiva de un derecho fundamental podrá, en último término, ser revisada jurisdiccionalmente, lo que conlleva la existencia, en cualquier caso, de un control judicial último, aquí ya sin limitaciones o modulaciones posibles, control éste *a posteriori* que, sin embargo, puede operar en ocasiones de modo análogo a una

---

1481 STC 54/1996, de 26 de marzo, FJ 7º.

1482 STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3º.

1483 STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5º.

reserva de jurisdicción estricta en la adopción misma de la medida. Así, por ejemplo, en el caso del derecho de reunión, si bien la autoridad administrativa puede modificar las condiciones de ejercicio del derecho o incluso prohibirlo, una vez que se le hace la comunicación previa que la Constitución exige, su decisión "es inmediatamente revisable (art. 11 de la Ley Orgánica 9/1983) por una autoridad independiente e imparcial, como son los órganos del Poder Judicial" y ello porque a éstos, "en materia de protección de derechos fundamentales, la Constitución [les] ha otorgado 'la primera palabra'"<sup>1484</sup>.

### 3.- Generalidad de las leyes restrictivas de derechos fundamentales

A diferencia de la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución portuguesa, nuestra Constitución no exige que las leyes restrictivas de derechos fundamentales sean generales, ni tampoco, como la Constitución italiana, exige esa generalidad con relación a derechos fundamentales concretos. En particular, el artículo 53.1 CE no contiene ninguna previsión al respecto. El único límite de límites allí consagrado *expressis verbis* es el del respeto del contenido esencial. Ello no excluye, sin embargo, la deducción de otros límites generales implícitos a la actividad limitadora del legislador. Así ocurre con el requisito de la generalidad de las leyes que limiten derechos fundamentales, requisito que el TC va a entender como límite de los límites<sup>1485</sup> a los derechos fundamentales en una importante sentencia: la STC 166/1986, de 19 de diciembre, sobre el caso *Rumana*, por más que el TC no hable de leyes limitadoras o restrictivas derechos fundamentales, sino de leyes que puedan "condicionar o impedir su ejercicio", como enseguida veremos. Pero es claro que con esta última terminología se está aludiendo a las dos grandes modalidades de limitación o intervención en los derechos fundamentales: la más intensa, que consiste en impedir, a secas, su ejercicio; y las restantes, que sin llegar a impedir tal ejercicio, sí lo condicionan.

Para comprender la exigencia de la generalidad de las leyes como requisito de las leyes limitadoras de los derechos fundamentales es preciso exponer la doctrina del TC respecto de las "leyes singulares", para lo cual previamente habrá que delimitarlas conceptualmente<sup>1486</sup>. Así lo

1484 STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 2º.

1485 Cfr. José Antonio Montilla Martos, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 203-204.

1486 La generalidad es, en realidad, una cuestión de grado, como también lo es, en el extremo opuesto, la singularidad; y tanto la generalidad como la singularidad pueden venir referidas a su ámbito subjetivo, al objetivo o al temporal o a los tres al mismo tiempo. El concepto de generalidad no debe, en todo caso, confundirse con el de abstracción de la norma. Véase, sobre el concepto de leyes singulares y generales, José Antonio Montilla Martos, *Las leyes singulares...*, cit., pp. 103 ss. : "Una ley tiene estructura formal general si es aplicada a un número indeterminado de sujetos y supuestos (generalidad en el espacio) y un número indeterminado de veces (generalidad en el tiempo). La abstracción, indeterminación del objeto, queda subsumida en esta concepción amplia de generalidad y únicamente es utilizada para

hace el TC en la aludida sentencia. Se trataría de "Leyes de caso único", "definidas como aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro". Y, nos sigue diciendo el TC, "la resistencia conceptual que, en principio, suscitó esta clase de Leyes se encuentra actualmente superada por la moderna doctrina científica, según la cual, el dogma de la generalidad de la Ley no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar, con valor de ley, preceptos específicos para supuestos únicos o sujetos concretos". Sin embargo, ello no quiere decir "que las Leyes singulares sean totalmente equiparables a las Leyes generales en el sentido de que constituyan ejercicio normal de la potestad legislativa, sino que se configuran como ejercicio excepcional de esta potestad, subordinada a rigurosos límites".

Sobre esta base, rechaza el TC que toda ley singular sea *per se* inconstitucional, pues el dogma de la generalidad de la ley ha sido superado y la generalidad no es una característica intrínseca de las Leyes, que pueden por ello ser singulares en nuestro sistema constitucional, si bien sólo con carácter excepcional y con severos límites. El razonamiento sobre este punto lo lleva a cabo el TC en tres pasos, que le conducen a fijar tres límites a la posibilidad de adoptar regulaciones legislativas singulares (el principio de igualdad, los derechos fundamentales y la separación de poderes), de los cuales son los dos primeros los que más nos interesan aquí. Veamos cómo justifica el TC la existencia de esta tríada restrictiva del alcance posible de las leyes singulares en nuestro ordenamiento:

1.- Por un lado, señala el Tribunal que la exigencia de generalidad en la estructura interna de (todas) las leyes sólo podrá derivarse, en su caso, de exigencias del principio de igualdad, que por lo regular exigirá que las Leyes sean generales, pero no de una concepción previa de la Ley como norma general, de manera que queda vedada, de un lado, la posibilidad de crear arbitrariamente supuestos de hecho singulares que no respondan a la realidad y, de otro lado, anudar a los verdaderos supuestos singulares existentes en la realidad unos efectos jurídicos desproporcionados por no resultar objetivamente justificados ni

---

desentrañar algunas confusiones teóricas producidas por la indistinción, ocasional, de la dimensión objetivo-espacial y la temporal. Al margen de esta excepción, la interpretación de las leyes singulares desde la relación generalidad-singularidad en la estructura formal de la ley impone una noción amplia que incluye las que establecen un régimen jurídico aplicable a un sujeto o a un número determinado de sujetos, singularidad en el espacio, y se agota en su primera aplicación, singularidad en el tiempo; las que tienen un número determinado de destinatarios o de situaciones jurídicas objetivas, aunque puedan ser aplicadas un número indeterminado de veces y, aun, las que son aplicables un número limitado de veces aunque afecten a un número indeterminado de individuos o de situaciones jurídicas objetivas, esto es, las singulares en el espacio y en el tiempo, las singulares en el espacio y generales en el tiempo y las singulares en el tiempo y generales en el espacio".

2.- Por otra parte, fundamenta el TC el carácter en todo caso excepcional de las leyes singulares en el principio de división de poderes, cuya flexibilización en un largo proceso de evolución histórica ha conducido, sin embargo, a que en la actualidad en nuestro ordenamiento se admitan, bien que sólo excepcionalmente, leyes singulares, que deberán circunscribirse a los supuestos que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no puedan abordarse ni por una ley general, dada su singularidad, ni por la intervención de la Administración por exceder de la función ejecutiva<sup>1488</sup>.

---

1487 Dice, concretamente, el TC: "En la Constitución española no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a las leyes, impeditiva de que éstas tengan un carácter singular, si bien consagra principios, que obligan a concebir dichas leyes con [...] naturaleza excepcional [ ] La vocación a la generalidad que su propia estructura interna impone a las Leyes viene protegida, en nuestra Ley fundamental, por el principio de igualdad en la ley establecido en su art. 14; pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora. Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular —supuesto el más intenso de Ley diferenciadora [sic]— debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta [ ] Según ello, la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas": STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11 a).

1488 Dice el TC exactamente: "La función legislativa tiene por objeto ordinario la producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad y la función ejecutiva el de actuar en atención a un fin concreto de interés general y de ello se desprende que el contenido material de las Leyes singulares es al menos en parte, actividad ejecutiva o de administración y, en su consecuencia, que dichas Leyes constituyen intervención del legislador en el ámbito de poder del gobernante y administrador [ ] Procede, sin embargo, señalar que la evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibilización que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones, admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y singularidad de la otra y que, según se deja ya dicho, es lícito al legislador adoptar decisiones singulares cuando así lo requieran situaciones singulares, al igual que es lícito a la Administración completar la función normativa de aquél mediante el ejercicio de su poder reglamentario [ ] A pesar de ello, no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales —art. 66.2— y la ejecución al Gobierno —art. 97— y, por tanto, esta



3.- Señala el TC, por último, un tercer límite a las Leyes singulares que resulta de capital importancia a nuestros efectos, en cuanto que excluye a las mismas de un ámbito material, el referido a los derechos fundamentales: "Los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, Leyes singulares que tengan el específico objeto de *condicionar o impedir* su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a Leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares [ ] Este acotamiento del objeto material de las Leyes singulares no impide, ciertamente, que éstas, por su cualidad de Leyes formales contra la cual no caben acciones judiciales, incidan en la tutela judicial del derecho afectado por la Ley singular; esa incidencia plantea un problema de constitucionalidad que, a causa del carácter instrumental del derecho a la tutela jurisdiccional, se presenta estrechamente vinculado con la naturaleza del derecho sobre el que recaiga la medida legislativa singular, siendo, por tanto, el momento apropiado para su resolución aquél en que se analice el contenido de la Ley singular, pues es entonces cuando se podrá determinar cuál es el grado de incidencia que ésta ocasiona en el sistema de defensa judicial que protege el derecho objeto de la misma"<sup>1489</sup>.

Montilla considera que, puesto que "el concepto constitucional unitario de ley prescinde de la referencia a la estructura formal (y por tanto a la generalidad) [de la ley] y el ordenamiento constitucional no contiene reservas de generalidad en algún ámbito material, siquiera aislada y tangencial en torno a algún derecho, como en el modelo italiano, difícilmente puede requerirse la generalidad de las leyes que condicionan o delimitan el ejercicio de los derechos fundamentales. Cuestión distinta es que la actuación singular del legislador pueda vulnerar derechos fundamentales cuando limita o condiciona su ejercicio y que el particular no pueda reaccionar contra esa violación en cuanto procede de una fuente legal: en ese caso estaríamos ante la afección del derecho instrumental a la tutela judicial efectiva; o que la actuación singular del legislador en la regulación del ejercicio de derechos fundamentales transgreda el principio

---

separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro [ ] En su consecuencia, de la misma forma que el ejercicio por el Gobierno de la potestad legislativa que, a título excepcional, le concede el art. 86.1 de la CE para supuestos de 'extraordinaria y urgente necesidad' debe utilizarse tan sólo cuando tales supuestos requieren una prontitud de respuesta que no puede dar el poder legislativo de las Cortes, la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada a una situación singular [ ] De aquí se obtiene un segundo límite a las Leyes singulares, que es, en cierta medida, comunicable con el fundamento del principio de igualdad, en cuanto que esa excepcionalidad exorbitante a la potestad ejecutiva resulta válida para ser utilizada como criterio justificador de la singularidad de la medida legislativa": STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11 b).

1489 STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11 c).

de igualdad al establecer un tratamiento discriminatorio, sin una justificación objetiva y razonable". Por ello, entiende este autor que "una supuesta reserva constitucional de generalidad para las leyes que limitan y condicionan el ejercicio de derechos fundamentales no puede ser utilizada como parámetro de constitucionalidad", "no pueden establecerse límites *endógenos* a la *capacidad* del legislador para limitar los derechos fundamentales", siendo una cuestión diversa que sí actúen como límites a la actuación singular del legislador su obligado respeto al contenido esencial del derecho afectado, el principio de igualdad o el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1490</sup>.

Por nuestra parte, coincidimos en lo sustancial con esta opinión en el sentido de que la ausencia de toda exclusión "expresa" de las leyes singulares en nuestro Texto fundamental, ya sea con alcance total ya sea simplemente en materia de (limitación de) derechos fundamentales, no permite afirmar la inconstitucionalidad *per se* de toda ley singular restrictiva de derechos fundamentales, sino que su inconstitucionalidad derivará en todo caso de la vulneración del principio de igualdad, del derecho a la tutela judicial efectiva o, en términos más genéricos, del principio de interdicción de la arbitrariedad, que vincula también al legislador y ha de jugar un papel más decisivo en este campo del que se le ha otorgado. Esto es, la declaración de inconstitucionalidad de una ley singular habrá de fundamentarse constitucionalmente en cada caso sin que valga con acudir al fácil expediente de afirmar que, en toda hipótesis, son inadmisibles las leyes singulares en el campo de los derechos constitucionales para declarar su inconstitucionalidad. No cabe duda de que en el ámbito de los derechos fundamentales puede atribuirse de principio una condición "sospechosa"<sup>1491</sup> a una ley singular, pero habrá de justificarse en el caso concreto que la singularidad de esa ley lesiona determinados derechos o valores constitucionales, no bastando, pues, la simple constatación de que se trata de una ley singular en materia restrictiva de derechos fundamentales para declarar su inconstitucionalidad, aunque el control de su constitucionalidad ha de ser, dados los valores implicados y el carácter absolutamente excepcional de estas leyes en este ámbito, rigurosamente intenso, partiendo de una presunción estricta de inconstitucionalidad. Por tanto, la ley singular es posible también en el ámbito de los derechos fundamentales, pero tiene un carácter totalmente excepcional que habrá de ser justificado estrictamente.

#### **4.- Principio de proporcionalidad**

##### **A) Introducción**

El principio de proporcionalidad es un principio general que rige, con mayor o menor desarrollo, en los ordenamientos de todos los países de nuestro entorno, pero que ha alcanzado sobre todo cotas importantes

---

1490 José Antonio Montilla Martos, *Las leyes singulares...*, cit., pp. 205 y 211-213.

1491 Y esa "sospecha" será tanto mayor cuanto más intensamente resulten afectados derechos fundamentales.

de precisión, tanto jurisprudencial como doctrinal, en el ámbito germánico (Alemania, Austria, Suiza), muy en particular en Alemania y, a través fundamentalmente del influjo de la doctrina y la jurisprudencia constitucional de este país, ha tenido también una importantísima y creciente aplicación en la jurisprudencia del TJCE<sup>1492</sup>. Y ello ha sido así en diversos ámbitos, siendo quizás el más importante, y el que aquí nos interesa, el relativo a la limitación de los derechos fundamentales, como con cierto detalle se ha visto ya respecto del Derecho alemán y comunitario.

Es sabido, por otra parte, que, conforme a la técnica desarrollada en Alemania para la aplicación del principio de proporcionalidad y con la que está bien familiarizado todo jurista y hasta estudiante de Derecho alemán, el principio de proporcionalidad se desmembra en tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. En unos términos no siempre claros, especialmente en su aplicación a los derechos fundamentales (que es lo que aquí nos interesa), esta técnica ha sido asumida también por el TJCE en su jurisprudencia y puede considerarse que también, *grosso modo*, por la jurisprudencia del CEDH. Todo ello ya lo hemos visto. También en otros ordenamientos nacionales diversos del alemán se ha asumido esta aplicación técnica desarrollada en Alemania.

¿*Quid* en España?, cabe preguntarse. Pues bien, en nuestro caso tampoco está consagrado constitucionalmente el principio de proporcionalidad de una manera expresa en el texto constitucional, ni tampoco, hay que decir, de una manera implícita clara. Pero su aplicación se hacía indispensable por la propia naturaleza de las cosas y existían, desde luego, en la Constitución criterios hermenéuticos que permitían su descubrimiento jurisprudencial, como técnica para el control de las limitaciones a los derechos fundamentales. Y así ha ocurrido. Nuestro TC descubrió tempranamente ya este principio como criterio jurisprudencial para el control de las medidas restrictivas de derechos fundamentales y también el legislador, como asunción de dicha jurisprudencia, ha ido consagrando en diversos ámbitos de una manera explícita dicho principio, especialmente en cuanto criterio delimitador de la intervención restrictiva de las Administraciones en la esfera de libertad de los ciudadanos<sup>1493</sup>.

---

1492 Sobre ello, véase, Javier Barnes, "Introducción al principio de proporcionalidad ...", cit., pp. 495 ss.

1493 Así, por ejemplo, el artículo 96.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que "la ejecución forzosa por las Administraciones públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios: a) apremio sobre el patrimonio; b) ejecución subsidiaria; c) multa coercitiva; d) compulsión sobre las personas" y el artículo 96.2 de la misma ley establece que "si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual". En cuanto a la compulsión sobre las personas se establece que sólo podrá llevarse a cabo cuando la ley "expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución". El artículo 28 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en

Cuestión distinta es la que se refiere a la concreta técnica utilizada para hacer operativo este principio de proporcionalidad. Si en una larga jurisprudencia, que se prolonga desde las primeras sentencias hasta el año 1995, el TC español no acogió la técnica alemana de análisis trifásico del principio conforme a los llamados subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (o prohibición de exceso), más tarde, a partir de aquel año, y bien que de modo harto oscuro en ocasiones y en cualquier caso zigzagueante, el TC parece asumir como propia esa subdivisión y la técnica de aplicación desarrollada y consagrada originariamente en el ordenamiento alemán, de donde ha pasado a nuestro Derecho, bien que con la influencia de su asunción por el TJCE en el ámbito comunitario. El legislador más moderno también viene haciéndolo de un modo cada vez más riguroso<sup>1494</sup>.

En concreto, la primera sentencia en que se acepta esa técnica, de patente alemana, de disección triple del principio de proporcionalidad es la capital STC 66/1995, de la que fue también ponente el magistrado señor Vives Pi i Sunyer, Catedrático de Derecho Constitucional. Y también a su autoría se debió la segunda STC en que se aplicaría dicha técnica, ya casi un año más tarde: la STC 55/1996, de la que fue ponente y de gran importancia por ser ya una sentencia dictada por el Pleno y no, como la citada en primer lugar, por una Sala (en ambos casos la sentencia fue adoptada, por lo demás, sin votos particulares). Con anterioridad a esta

---

materia de Salud Pública, establece también, con carácter general, que "las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan" y que "se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados".

1494 Hay que destacar, en este sentido, la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, en cuyo preámbulo puede leerse que las garantías en ella contempladas parten del establecimiento de un régimen de autorización previa para la instalación de videocámaras "inspirado en el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima" (=necesidad), frase que se lleva al texto de la propia ley, al establecer el artículo 6 que "la utilización de la videocámara estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima" (art. 6.1). Y se especifica que "la idoneidad determina que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley" (art. 6.2), debiendo tenerse presente a este respecto que, por un lado, el art. 1 establece como fin de la ley "asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública" y, por otro lado, según el art. 6.4, "la utilización de las videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles". Y la intervención mínima, según el apartado 3º del artículo 6, "exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas". Por supuesto, aunque nada se diga, también habrá de aplicarse en todos los casos el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

última sentencia, como Medina Guerrero ha estudiado y puesto de relieve, se observaba en la jurisprudencia constitucional "una escasamente sistemática utilización del principio de proporcionalidad al enjuiciar la actividad del legislador"<sup>1495</sup>, consideración que nosotros hacemos extensiva al control de las medidas administrativas o resoluciones judiciales. La STC 66/1995, confirmada respecto a la aplicación también al legislador del principio de proporcionalidad con sus tres componentes por la STC 55/1996, marca desde luego un antes y un después. Sin embargo, es preciso constatar que a partir de entonces, han sido ya varias las sentencias de nuestro TC en que se viene aplicando esta técnica enjuiciadora desde el principio de proporcionalidad, si bien cabe constatar que ni siempre que se enjuician medidas desde el principio de proporcionalidad se asume dicha técnica trifásica ni, cuando se asume, se aplica siempre con el debido rigor y congruencia, sino que parece una técnica con la que otros magistrados no están tan familiarizados como el que la acuñó, quien tampoco, por otra parte, la ha aplicado siempre congruentemente cuando ha sido ponente. Así, sin ánimo exhaustivo, pueden señalarse algunas aplicaciones, a nuestro modo de ver, incorrectas del principio de proporcionalidad tal y como se lo configuró en las sentencias que conforman los verdaderos "leading cases" sobre el principio:

a) Por un lado, hay sentencias que ignoran en mayor o menor medida el carácter "escalonado" de aplicación de este principio de proporcionalidad, cuestión metódica general que, por su especial importancia, trataremos más adelante con mayor detalle, consideraciones a las que aquí nos remitimos;

b) Se considera enjuiciable dentro del subprincipio de "necesidad" si una intervención de las comunicaciones acordada judicialmente dentro de unas diligencias previas para la investigación de un delito se refiere o no a conocimientos relevantes respecto de la investigación del hecho delictivo<sup>1496</sup>, cuando, desde nuestro punto de vista, la falta de relevancia al respecto no es una cuestión a enjuiciar dentro de tal subprincipio, sino dentro del de adecuación, pues toda medida de intervención de las comunicaciones dirigida a obtener conocimientos que carecen de relevancia para la investigación del delito es en sí misma inadecuada, siendo una cuestión diversa la de si era posible adoptar otras medidas igualmente eficaces pero menos gravosas para los derechos fundamentales en cuestión, que sí corresponde enjuiciar bajo el subprincipio de necesidad.

c) En ciertas ocasiones, el TC ha prescindido del tercero de los componentes del principio de proporcionalidad, limitándose a examinar si la medida restrictiva de derechos fundamentales era adecuada y necesaria, sin entrar a enjuiciar, en cambio, su ponderabilidad o proporcionalidad en

---

1495 Manuel Medina Guerrero, "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, p. 128.

1496 STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3 a).

sentido estricto<sup>1497</sup>.

d) El TC ha considerado, con relación nuevamente a una intervención en las comunicaciones, como un "prius lógico" al principio de proporcionalidad la existencia de una motivación suficiente en el Auto de autorización judicial acerca de las fundadas razones que permitirían entender que el órgano jurisdiccional ponderó los indicios sobre la existencia del delito y la relación del afectado con el mismo, cuando en realidad se trata de un elemento a valorar dentro del principio de proporcionalidad, sin que haya ninguna "prioridad lógica" respecto de éste, pues una intervención de las comunicaciones acordada sin indicios sobre la existencia de un delito concreto y la relación con él del afectado es una medida inidónea. Sobre ello también volveremos luego con más detalle.

e) En otro caso, se analiza la finalidad de la medida como una cuestión de proporcionalidad estricta<sup>1498</sup>, pues si la investigación acerca de un hurto continuado puede justificar una intervención de las comunicaciones no es una cuestión de proporcionalidad estricta, sino relativa a si tal delito encaja o no dentro de las "infracciones penales graves" cuya investigación es, según la doctrina del propio TC (y también, por cierto, del TEDH), un fin legítimo que justifica la restricción de los derechos fundamentales. Así parece considerarlo, en cambio, el TC en otro caso de la misma fecha que el anterior<sup>1499</sup>.

f) En otro caso, se considera que una intervención de las comunicaciones respeta el subprincipio de necesidad en cuanto que "se trataba de una investigación dentro de otro proceso ya en curso, en el que se trataba de averiguar si personas empleadas por la denunciante podían estar implicadas" en un delito de hurto<sup>1500</sup>, algo cuya relación con el mentado subprincipio de intervención mínima no se acaba de comprender.

Aun con estas y otras lacras, derivadas sin duda de una aplicación mecánica, poco clara y hasta retórica de la técnica de la proporcionalidad, lo cierto es que se trata de una técnica trifásica consagrada ya en nuestra jurisprudencia constitucional y no meramente asumida de un modo aislado por la STC 66/1995, y que ha pasado a formar parte del arsenal enjuiciador de nuestro TC, tanto del Pleno como de cualquiera de sus Salas<sup>1501</sup>, como método de examen del respeto al

1497 Así, respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10º. En cambio, en la STC 126/2000, de 16 de mayo, con relación a igual derecho, no se menciona tampoco a la ponderabilidad o proporcionalidad estricta en la exposición "teórica" acerca del principio de proporcionalidad, pero luego sí que se analiza la misma (FFJJ 6º y 8º).

1498 STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8º.

1499 STC 122/2000, de 16 de mayo, FJ 3º. Tanto esta sentencia como la anteriormente citada corresponden a la Sala 2ª, aunque a ponentes distintos.

1500 STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7º. Tampoco se aplica bien el principio de necesidad en la STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7º.

1501 A título meramente ejemplificativo, aplica la Sala 1ª el principio de proporcionalidad en esta nueva configuración trifásica en las siguientes sentencias: 166/1999, de 27 de septiembre; SSTC 202/1999, de 8 de noviembre; 239/1999, de 20 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio. Y la Sala 2ª lo aplica,

principio de proporcionalidad en los términos que enseguida veremos, especialmente a raíz de la STC 55/1996, de manera singular respecto del derecho al secreto de las comunicaciones.

Sin duda que queda todo un camino por recorrer para perfilar con precisión este método de examen de la proporcionalidad, para que adquiriera unos perfiles técnicos más perfeccionados y precisos en la doctrina del TC y, sobre todo, para que los jueces, los operadores jurídicos y hasta los estudiantes de Derecho, tal y como en Alemania y otros países germánicos ocurre, se familiaricen con esta nueva técnica de examen. En ese camino, serán muchas las dificultades que surjan y habrán de ser probablemente también muchas las precisiones que habrá que hacer en cuanto a su alcance y a su ámbito de aplicación tanto en términos de teoría general, como con relación a cada derecho fundamental en particular. Con ello, a nuestro modo de ver, no sólo no se corren riesgos de sustitución de la voluntad legislativa por la voluntad antidemocrática de 12 jueces, sino que tampoco lleva este principio necesariamente a un control más intensivo de las medidas legislativas (ni de las administrativas ni de las sentencias, dicho sea de paso), sino sólo más preciso, previsible y controlable.

De este modo, se viene a posibilitar que se logre una mayor seguridad jurídica a través de una técnica rigurosa y precisa, especialmente a medida que se vaya creando, con su aplicación progresiva, una tupida red de casos y se vaya depurando su metodología aplicativa. Esta casuística presenta hoy entre nosotros, evidentemente, una densidad mínima, pero irá aumentando con el paso del tiempo y sobre todo podemos contar con el gran desarrollo, doctrinal y jurisprudencial, que esta técnica tiene en Alemania, donde tiene su origen, así como en la jurisprudencia tanto del TEDH como del TJCE. Todos ellos constituyen apoyos importantes para la aplicación y el desarrollo progresivo de esta técnica, que en todo caso no ha de aplicarse por mimetismo acomodaticio respecto de soluciones foráneas, sino con un enfoque crítico y adaptado a nuestro texto constitucional y a nuestro contexto político y social.

## **B) Fundamento constitucional y críticas al principio de proporcionalidad**

El TC ha considerado que el principio de proporcionalidad tiene como fundamento el valor constitucional justicia, del que sería una derivación<sup>1502</sup>; pero también lo ha calificado como un principio derivado del Estado de Derecho<sup>1503</sup>, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>1504</sup> o de la dignidad de la persona<sup>1505</sup> y más

entre otros, en los siguientes casos: SSTC 187/1999, de 25 de octubre; 122/2000, de 16 de mayo; 126/2000, de 16 de mayo; 204/2000, de 24 de julio.

1502 STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6º; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7º; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2º.

1503 STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6º.

1504 STC 6/1988, FJ 3º; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7º.

1505 STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6º.

recientemente se ha asumido una fundamentación conjunta en todos los anteriores principios y valores<sup>1506</sup>, si bien haciendo un especial hincapié en la proclamación del valor justicia y la referencia del art. 10.2 CE a los arts. 10.2 y 18 CEDH, además de ser, en el ámbito de los derechos fundamentales, una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas<sup>1507</sup>. Según Jiménez Campo, respecto de las resoluciones judiciales y actos administrativos, podría deducirse del criterio *favor libertatis* o, más ampliamente, de la llamada "fuerza expansiva" de los derechos fundamentales<sup>1508</sup>.

Aunque se trata en buena medida de una cuestión escolástica, desde nuestro punto de vista el fundamento constitucional de este principio se halla en una interpretación sistemática y unitaria del texto constitucional: si la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, y los derechos fundamentales ocupan, por consiguiente, una posición central en ese ordenamiento, pero la propia Constitución admite al unísono, expresa o implícitamente, límites a esos derechos fundamentales, es claro que la necesaria aplicación tanto de los derechos fundamentales como de sus límites exige una "concordancia práctica", un equilibrio ponderado o proporcionalidad<sup>1509</sup>, a fin de no privar de sentido y valor normativo a ninguna prescripción constitucional, aunque partiendo siempre de la preeminente posición de los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Ello es lo que se hace a través del principio de proporcionalidad. Su aplicación trifásica, conforme a la cual la restricción habrá de ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto respecto de la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, es sólo una técnica destinada a hacer ese proceso de control de la proporcionalidad más preciso, más previsible, más transparente y más controlable, en suma, por la comunidad; pero también una técnica que cuenta con una larga tradición y un gran desarrollo dogmático y jurisprudencial en Alemania, donde ha demostrado más que sobradamente su utilidad y desde donde ha proyectado su influencia en el Derecho Comunitario y del CEDH, así como en el Derecho de otros Estados europeos.

El principio de proporcionalidad levanta críticas en la doctrina y es de prever que dichas críticas se incrementen a raíz de la nueva jurisprudencia constitucional iniciada en las SSTC 66/1995 y 55/1996, que incoan una nueva etapa, con la consagración del mismo como un principio

---

1506 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3º; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7º.

1507 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7º.

1508 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 77.

1509 Y es que para la solución de estas colisiones de los derechos fundamentales con otros bienes o intereses constitucionales no cabe apelar ni al principio de jerarquía (por tener unos y otros el mismo rango), ni al de especialidad de las normas (pues los límites a los derechos fundamentales no son norma especial respecto de la norma que garantiza los derechos fundamentales) ni al de competencia (tanto el derecho fundamental como sus límites están en la misma órbita competencial) ni a ninguna otra regla tradicional para resolver los conflictos de leyes.



con una estructura tripartita precisa, que poco a poco se va, y se seguirá, perfilando y depurando en la jurisprudencia constitucional y también, por efecto irradiación, en la doctrina, todo lo cual ha conducido a que el principio juegue un rol cada vez más importante en el enjuiciamiento de la legitimidad de toda injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales.

Se entiende, así, que haya surgido ya alguna autorizada voz discrepante en el seno del propio TC. Nos referimos, en concreto, al voto particular formulado por el Presidente Cruz Villalón a la STC 49/1999, de 5 de abril: "Tengo alguna reserva derivada de la centralidad que el principio de proporcionalidad comienza a asumir en nuestra concepción de los derechos fundamentales, y de la que estos fundamentos jurídicos son buenos exponentes: No me parece que sea imprescindible partir del mismo a fin de hacer efectivas las exigencias constitucionales que en el art. 8.2 CEDH figuran de modo explícito" (FJ 4º). No deja de sorprender que dicha objeción a la "centralidad" del principio se formule justamente en una sentencia en que el TC no llega, en puridad y según se desprende de sus propias afirmaciones, a examinar la proporcionalidad de la medida, sino que rechaza su legitimidad constitucional por la no concurrencia de lo que califica como "prius lógico" de aquel principio (la existencia del presupuesto habilitante de la adopción de una medida de intervención de las comunicaciones), por lo que ya no entra propiamente en el juicio de la proporcionalidad, al menos en la concepción de éste por parte del TC, pues para nosotros el tal "prius lógico" no es tal, sino que forma parte del examen de la idoneidad o adecuación de la medida, primer escalón de la proporcionalidad. Dado que no tiene ninguna relevancia de fondo en el caso, ni se concreta en ninguna discrepancia sobre su aplicación (que no existió en el caso), la crítica parece más bien un "aviso a navegantes" sobre los peligros de excesos por aplicación inflacionaria de este principio.

Otra crítica ya más frontal e incisiva es la de Jiménez Campo respecto del principio de proporcionalidad en su aplicación al legislador: "No tengo ninguna duda sobre la pertinencia del control de proporcionalidad en la interpretación y aplicación judicial de los derechos fundamentales, pero sí algunas sobre su procedencia en el enjuiciamiento de la ley". A su juicio, al enjuiciar la ley el único criterio a tener en cuenta es el del contenido esencial. Este control a partir del contenido esencial no bastaría, sin embargo, "cuando se está ante una limitación propiamente dicha del derecho fundamental, por referencia a su régimen común, restricción sólo posible en los derechos de configuración legal y que, en todo caso, debe ser enjuiciada en sí misma. Pero el canon de este juicio lo da satisfactoriamente el principio constitucional de igualdad (art. 14), sin que resulte necesario acudir, como criterio autónomo, a la idea de proporcionalidad [...] Desde luego que la igualdad, a su vez, suele requerir un examen de la proporcionalidad de la diferenciación misma; lo que me importa señalar es que, justamente por ello, la proporcionalidad no ostenta el carácter de límite general de la legislación". En particular, se muestra contrario a que se controle la proporcionalidad de las sanciones penales, pues la CE no señalaría límite material alguno identificable por la

jurisdicción, entendiendo que así lo "viene a reconocer o, al menos, a practicar —no obstante las declaraciones de principios—" el TC a través de una jurisprudencia "extraordinariamente cautelosa en este punto"<sup>1510</sup>.

Por ello, concluye Jiménez Campo que "el enjuiciamiento de la ley, en suma, no perdería gran cosa, y ganaría alguna certeza, si se invocara menos —o se excluyera, sin más— el principio de proporcionalidad como canon genérico de la ley, eso es, al margen de lo que exige el principio constitucional de igualdad. Juzgar la proporcionalidad de una medida legal es sólo, con frecuencia, comparar, sopesar o ponderar 'pérdidas' y 'ganancias' que, en lo jurídico, no son racionalmente mensurables *de lege ferenda* y que apenas dejan margen —esto es lo que importa— a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad. Por juiciosa que sea, la conclusión sobre la proporción o desproporción de la ley es sólo una opinión, sustraída, en cuanto tal, a cualquier réplica que no sea la opinión contraria. Las cosas no son exactamente así en el debate argumentado que exige la noción de 'contenido esencial', con la que la Constitución evoca un mundo de cultura jurídica (libertad de la persona, libertad del legislador) que permite una aproximación, cuando menos, a su reconstrucción objetiva. El que esta reconstrucción admita, en sí misma, versiones diferentes y aun contradictorias —el que esté abierta al debate— es lo que marca, precisamente, la superioridad racional y la suficiencia del control del contenido esencial respecto al control de proporcionalidad"<sup>1511</sup>.

Y es que, como Medina Guerrero ha destacado, tradicionalmente se ha puesto el acento en las dificultades que encierra llevar a cabo un control de la proporcionalidad de las leyes y, al tiempo, eludir el riesgo de que el juez constitucional se interfiera en el ámbito funcional que corresponde al poder legislativo. De hecho, desde los primeros momentos en que la jurisprudencia extendió al legislador la subordinación al principio de proporcionalidad, se alzaron voces críticas al respecto sobre la base de la imposible permutabilidad de los conceptos jurídico-constitucionales y administrativos entre sí. Desde este prisma, trasladar al legislador una técnica nacida en el Derecho administrativo, especialmente en materia de policía, supondría partir de una concepción capitisdisminuida de éste según la cual se limita a ser un mero ejecutor de la Constitución, con lo cual, *pari passu*, se estarían ignorando su verdadera naturaleza y su genuina función en la estructura de poderes diseñada por el texto constitucional, en cuanto órgano dotado de una libertad de configuración política que no puede ser usurpada por el juez constitucional", críticas que se dirigen muy especialmente frente al tercer componente del principio<sup>1512</sup>.

Pues bien, con relación al riesgo de que el principio de proporcionalidad afecte a la división de poderes y a la necesaria libertad

---

1510 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 77 ss.

1511 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 80.

1512 Manuel Medina Guerrero, "El principio...", cit., pp. 128-129.

de configuración política del legislador<sup>1513</sup>, debe reconocerse que ése es un riesgo que encierra el principio de proporcionalidad si del mismo se hiciese un mal uso global, posibilidad que de entrada ya nos parece poco plausible dado el escaso poder real de los tribunales, incluido el TC, que se basan más bien en la autoridad y dado que operan siempre bajo el control, difuso pero efectivo, de la comunidad jurídica y la opinión pública, esto es, de lo que se ha dado en llamar la "sociedad abierta de intérpretes de la Constitución", aparte de que el propio legislador democrático no consentiría un control constitucional que reputara una invasión de sus competencias absolutamente intolerable en términos constitucionales. En la práctica, más bien se da la paradoja, como certeramente ha señalado Medina Guerrero, de que el legislador democrático encuentra "en el fondo, una garantía de su libertad de configuración política, precisamente, en el empleo del principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad. Desde este prisma, la virtualidad del reiterado principio estriba no sólo en ser una técnica de control del legislador, sino en servir, asimismo, de instrumento de control del propio juez constitucional. A nadie se le oculta, ciertamente, que cuanto menos formalizado y canalizado está el proceso de aplicación del Derecho Constitucional, tanto mayor es el margen de maniobra del juez constitucional y, *pari passu*, la posibilidad de incidir en ámbitos funcionales ajenos. En este sentido, es evidente que el principio de proporcionalidad añade ciertas pautas, directrices, puntos de referencia, que, con independencia de su mayor o menor grado actual de depuración, coadyuvan a encauzar y predeterminar la argumentación del juez constitucional, que no tiene, así, por qué centrarse en exclusiva en la

---

1513 A ello se refiere, con finalidad meramente discursiva, José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación...*, cit., pp. 154 ss., quien se refiere a la fijación por el legislador de "prevalencias *prima facie*" como una vía clara para salir al paso de algunos de los riesgos relativos al trastocamiento del sistema de distribución de poder por la ponderación judicial. Tal intervención del legislador haría entrar en la ponderación de dos bienes o derechos constitucionales en conflicto a uno de ellos con una ventaja sobre el otro u otros, sin cerrar el camino a la ponderación pues no es una prevalencia absoluta, que impediría lógicamente ponderar, pero se dirige al resultado de la misma: "Una prevalencia *prima facie* de este tipo permite al órgano aplicador considerar las circunstancias del caso para, en caso extremo, hacer incluso prevalecer el principio que no goza de la precedencia inicial. Par ello, sin embargo, se impone una especial *carga argumentativa*, que sino consigue cumplimentarse, hará que preceda el principio a favor del cual se ha instituido la prevalencia *prima facie*. Con ello se limita algo el carácter potencialmente abierto de la ponderación". Critica asimismo este autor, en la misma línea, que el legislador, en ocasiones, lleva a cabo una ponderación abstracta en la regulación de determinados derechos fundamentales y el TC "actúa como si esa regulación no existiera, para decidir según su criterio (formado, a veces, tomando como punto de referencia la jurisprudencia en la materia de otros países) acudiendo directamente a los preceptos constitucionales", de lo que son muestra los escasos supuestos en que el TC, por ejemplo, toma como punto de partida para su argumentación la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de lo que se deriva una minusvaloración por parte del TC de las decisiones legislativas en este campo (pp. 156-157)

sola empresa de decidir, de una vez por todas, si una concreta conducta debe protegerse, o no, por integrar, o no, la 'esencia' del derecho pretendidamente afectado. En consecuencia, la utilización del principio de proporcionalidad hace más visible —y previsible— la argumentación del juez constitucional a los ojos de la colectividad, facilitándose así que ésta desempeñe una tarea de supervisión que resulta imprescindible en relación con un órgano carente de control institucional"<sup>1514</sup>.

La misma objeción de que el principio de proporcionalidad estrecharía la libertad política del legislador democrático de manera indebida, con afectación a la división de poderes, subyace a las críticas que, partiendo de la contraposición entre ponderación y subsunción, consideran que el principio en cuestión sería una ponderación en toda regla y, dado que dicha ponderación la llevan a cabo los tribunales, concede a éstos y, en último término, y de manera especial, al TC un poder omnímodo o muy importante y a costa del legislador democrático. Ello conduce, además, a otras dos objeciones al principio de proporcionalidad: el gran poder que se concede a los tribunales y, en especial, al TC; y la inseguridad jurídica que implica. En cuanto a lo primero, lo ha explicado claramente Rodríguez de Santiago: "Mientras que en el método de la subsunción los elementos del supuesto de hecho de la norma que se trata de aplicar centran en gran medida el círculo de circunstancias posibles que deben ser incluidas en la formación definitiva del hecho, en el de la ponderación cada instancia juzgadora puede considerar irrelevantes circunstancias de la inferior y añadir otras que considera relevantes, de forma tal que el enunciado definitivo del hecho ya susceptible de someterse al prisma de la ponderación de los principios en conflicto puede variar hasta el último momento (hasta que juzgue el último)"<sup>1515</sup>.

Respecto, por otra parte, a la dosis de inseguridad jurídica que se ha reprochado por algunos autores que derivan de la aplicación del principio de proporcionalidad, no pueden tampoco aquí desconocerse los riesgos que efectivamente existen, pero esos mismos riesgos, y el nivel de inseguridad, serían todavía mayores sin la aplicación, siquiera intuitiva, del mismo, pues el principio de proporcionalidad es justamente una técnica al servicio de la seguridad jurídica. Barnes lo ha explicado con unas palabras que nos relevan de todo comentario, por lo que, aunque sea larga, merece la pena la cita:

"Si el juez no dispusiera de un test suficientemente elaborado para discernir el umbral a partir del cual una restricción adquiere relevancia jurídica por desproporcionada y, así y todo, lo aplicara intuitiva o implícitamente, mayor sería el riesgo, bien de activismo, bien de denegación de justicia. La eventual huida del test de proporcionalidad por parte del juez, cualesquiera que sean las razones (complejidad, potencial desviación de su aplicación, etc.) haría tanto más probable —y he ahí la

1514 Manuel Medina Guerrero, "El principio...", cit., p. 141.

1515 José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes...*, cit., pp. 140-141.

paradoja—la aparición de los problemas que acaso se pretendieran conjurar con su silencio [ ] La razón práctica de esa paradoja, a mi entender, reside en la irrenunciabilidad del juicio de proporcionalidad en el mundo de los derechos y libertades. En efecto, la experiencia muestra —y basta un examen analítico de la jurisprudencia de los jueces de los derechos fundamentales para comprobarlo—que no es posible sustraerse ni escapar a la implacable lógica de la proporcionalidad. Al fin y al cabo, no es sino una de las expresiones más primarias de la justicia y de la cláusula del Estado de Derecho. Sacrificar inútilmente el ejercicio de un derecho; gravarlo más allá de lo necesario para hacer realidad el fin que se pretende; o satisfacer un objetivo legítimo a costa de generar a todas luces más perjuicios que beneficios, por ejemplo, son conclusiones que cuando se desprenden inequívocamente del acto o norma enjuiciados, la jurisdicción no puede menos que constatar<sup>1516</sup> [ ] La conclusión de su carácter irrenunciable se desprende por sí sola: el adecuado manejo del principio, su sólida fundamentación, permitirá un uso equilibrado y eficaz y, lo que es más importante, una reducción de las posibilidades de invasión de la esfera reservada a los demás poderes o de prestación de una tutela deficiente de los derechos y libertades frente a la injerencia<sup>1517</sup>.

A ello añadiríamos que el principio de proporcionalidad, en el marco en que aquí lo estudiamos, surge precisamente como una técnica destinada a precisar, con arreglo a un método predeterminado, conceptos en sí mismos altamente indeterminados y que además han de ser interpretados, necesariamente, de manera amplia y aplicados a miles y miles de casos diferentes, con circunstancias peculiares en cada uno de ellos. Para evitar justamente dar el salto en el vacío sin paracaídas es para lo que el jurista, el operador jurídico necesita servirse de una técnica, aquí como en tantas otras ocasiones; y esa técnica, cualquiera que sea el nombre que se le dé, es la proporcionalidad, derivación en último término de la justicia y que no puede dejar de ser aplicada en este campo en un Estado material de Derecho. Partiendo, pues, de que es una técnica insustituible, de lo que se trata es de darle un contenido lo más preciso y exacto posible como método de examen y, por otro lado, utilizarla para ir creando una tupida red de decisiones sobre cada aspecto

---

1516 Javier Barnes, "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, número 5, septiembre, diciembre, 1998, pp. 33-34: "Con una u otra construcción argumental, no faltan ejemplos en la jurisprudencia constitucional de los países de nuestro entorno cultural expresivas de esta inercia. En un Estado de Derecho, cualquier juez o tribunal tenderá a oponerse a una medida restrictiva absoluta y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada. Si, por ejemplo, la detención provisional se prolonga de forma manifiestamente innecesaria, se lesiona el derecho a la libertad personal; si la propia información genética en poder de la Administración sanitaria resulta accesible a otra Administración sin competencias directas en la materia, se atenta de forma desproporcionada contra el derecho a la intimidad, e igualmente si el legislador estableciera trabas completamente inútiles para acceder a la jurisdicción, etc".

1517 Javier Barnes, "El principio de proporcionalidad...", cit., pp. 34-35.

de cada derecho fundamental para así precisar con la mayor exactitud que sea posible tanto el método de examen en sí como los contornos de cada derecho fundamental, para lograr, en definitiva, no sólo una aplicación más justa de los derechos fundamentales, sino también una aplicación lo más previsible y uniforme posible, pero sin al mismo tiempo renunciar a la valoración de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. Los conceptos jurídicos amplios no suelen asustar a ningún jurista, entrenado por razón de oficio en su interpretación: “buena fe”, “diligencia de un buen padre de familia”, o “abuso de derecho”, en Derecho privado (pero también en el público); “ánimo de lucro”, “estado de necesidad”, “legítima defensa” o “alevosía” en el Derecho penal, “condición más beneficiosa” en el Derecho laboral, etc. E incluso cuando los conceptos parecen totalmente claros (“bienes muebles” e “inmuebles” o “alimentos”), la interpretación de los mismos se impone inexorablemente y es controvertida en muchos supuestos.

El jurista, ante un concepto amplio, ha de desarrollar técnicas que le permitan descifrar su significado para aplicarlo a los casos concretos que se dan en la realidad; en suma, para llevar la norma a la realidad. Para ello es utiliza la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, técnica que en el campo de los derechos fundamentales puede tener acaso alguna utilidad para determinar el ámbito normativo o de protección de cada uno de ellos, pero para el examen de la legitimidad de su limitación, dada la contraposición que se da entre derecho fundamental y otro derecho o bien constitucional, no basta con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados sino que hay que acudir a una técnica que permita examinar y ponderar los dos intereses o bienes contrapuestos y lograr un equilibrio entre ellos. A ello se dirige la técnica de la proporcionalidad justamente, técnica que es hoy de aplicación inexorable, literalmente y basta con echar un vistazo a la jurisprudencia de todos los países de nuestro entorno y, a nivel ya de estricto Derecho positivo español, a la jurisprudencia del TJCE y del TED, para comprobar hasta qué punto ello es así. De lo que se trata es de perfeccionar progresivamente esta técnica en su método de aplicación y, al mismo tiempo, ir formando una amplia casuística jurisprudencial que permita dotar de mayor seguridad jurídica posible al control de las limitaciones a los derechos fundamentales, tanto en lo que al método se refiere como en lo relativo a los criterios materiales que definen, con relación a cada derecho o a un conjunto de ellos, qué es proporcionado y qué no lo es. En este sentido, tiene mucha importancia lo que Alexy llama, como hemos visto, “reglas de prevalencia”, que pueden deducirse de cada ponderación y que expresarían condiciones bajo las cuales un derecho fundamental tiene primacía sobre otro derecho fundamental o sobre otro derecho o bien constitucional; o viceversa, uno de estos tres últimos prevalece sobre el primero.

Y es que, como Rodríguez de Santiago destaca, “ponderación y formulación de reglas de prevalencia generalizables e idóneas para ser universalizadas no son algo incompatible. La generalización se lleva a

cabo mediante referencia a esas reglas de prevalencia a grupos específicos de casos con el conveniente grado de homogeneidad. A través de los resultados de las ponderaciones llevadas a cabo por la jurisprudencia y de las propuestas por la doctrina va surgiendo progresivamente, a lo largo del tiempo, una malla o red de reglas de prevalencia, que suponen una importante base para facilitar la aplicación del Derecho y un objeto central de la dogmática"<sup>1518</sup>. Aquí habrá que distinguir entre las que reglas de prevalencia que, por ser resultado de múltiples ponderaciones iguales o similares, sea la propia jurisprudencia la que las formule y aplique, y por ello mismo estarán dotadas de un mayor grado de seguridad; y aquellas otras reglas de prevalencia que no sea la jurisprudencia la que las formule sino la doctrina a partir de una o varias ponderaciones de los tribunales (en particular, el TC), que estarán dotadas siempre de un grado inferior de seguridad, variable en cualquier caso. Y en cualquier caso, sean las reglas de prevalencia de un tipo o de otro, no serán nunca reglas absolutas, pues, en cuanto se basan siempre en una generalización de una ponderación realizada *ad casum*, que se "abstractiza", la concurrencia de determinadas circunstancias peculiares, y nunca un caso es idéntico totalmente a otro, puede llevar a la no aplicación de la regla de prevalencia y a la formulación de una nueva regla de prevalencia bajo unas nuevas condiciones más precisas por entender que alguna de esas circunstancias peculiares tiene una relevancia jurídica que justifica una ponderación diversa en su resultado.

Y esto último nos conduce a la última objeción que suele formularse al principio de proporcionalidad, especialmente a su tercer componente: su carácter esencialmente casuístico. Ya Larenz destacó que aunque se hable de "pesar", "sopesar" o "ponderar" derechos y bienes, en realidad es sólo una imagen, pues no se trata de dimensiones cuantitativamente mensurables, y menos matematizables, "sino resultado de valoraciones, que —en ello reside la mayor dificultad— no sólo deben ser dirigidas a una pauta general, sino a la vez a la situación concreta en cada caso". El que se recurra a una "ponderación de bienes en el caso particular" es, en verdad, "consecuencia de que no existe un orden jerárquico de todos los bienes y valores jurídicos en que pueda leerse el resultado como en una tabla". Y es ahí justamente donde se plantea el problema: "¿se trata realmente entonces, en la 'ponderación de bienes', todavía de un método, o más bien de una confesión de que el juez resuelve aquí sin apoyo alguno en principios metódicos, sólo en base a tales pautas que él mismo establece para sí? En este caso las resoluciones respectivas no serían controlables en base a una 'ponderación de bienes en el caso particular'; quedaría abierta una ancha puerta al parecer subjetivo del juez que cada vez haya de resolver". Y considera Larenz que "la pregunta quizá no se pueda responder definitivamente según el estado actual de los conocimientos metodológicos. Para avanzar aquí, sólo queda el camino de ver de qué

---

1518 José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación...*, cit., pp. 150-151.

clase son las ponderaciones que los tribunales practican aquí"<sup>1519</sup>. Y a la luz de la jurisprudencia del TCFA y del Tribunal Supremo alemán, concluye: "La 'ponderación de bienes en el caso particular', llevada a cabo cada vez con más frecuencia por los tribunales, es un método de desarrollo del Derecho, porque sirve para solucionar colisiones de normas —para las que falta una regla expresa en la ley—, para delimitar unas de otras las esferas de aplicación de las normas que se entrecruzan y, de este modo, concretizar los derechos, cuyo ámbito [...] ha quedado en blanco. Lo mismo que en la concretización paulatina de pautas de valoración que precisan ser llenadas de contenido por parte de la jurisprudencia de los tribunales, también aquí es de esperar que, con el aumento de sentencias de los más altos tribunales, se han de crear posibilidades de comparación, mediante las cuales los márgenes que quedan de libre enjuiciamiento serán reducidos. Pero, puesto que cada vez se requerirá la consideración de todas las circunstancias del caso particular, que nunca son iguales en todo, no se debe esperar que, con el tiempo, habrían de formarse reglas fijas que posibilitaran una subsunción simple del caso particular. La comparación de casos posibilita analogías y quizá una cierta tipificación de los casos: la 'ponderación' de bienes se facilitará de este modo, pero no se hará superflua"<sup>1520</sup>.

### **C) La aplicación del principio de proporcionalidad a los distintos derechos fundamentales**

El TC ha reconocido la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas restrictivas de los distintos derechos fundamentales<sup>1521</sup>: derecho a la igualdad<sup>1522</sup>, a la integridad

---

1519 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 401.

1520 Karl Larenz, *Metodología...*, cit., p. 409.

1521 Véase el detallado estudio de Javier Barnes, "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico", en el monográfico *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, pp. 337 ss.

1522 STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9.A: "Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley este Tribunal ha elaborado en numerosas sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carecen de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable



física<sup>1523</sup>, a la libertad personal<sup>1524</sup>, a la intimidad<sup>1525</sup>, a la inviolabilidad de domicilio<sup>1526</sup>, al secreto de las comunicaciones<sup>1527</sup>, libertad informática<sup>1528</sup>, libertades de expresión<sup>1529</sup> e información<sup>1530</sup>, derechos de reunión<sup>1531</sup> y asociación<sup>1532</sup>, de sufragio<sup>1533</sup>, de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos<sup>1534</sup>, derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1535</sup>, derechos de huelga<sup>1536</sup> y propiedad<sup>1537</sup>, libertades de profesión<sup>1538</sup> y de empresa<sup>1539</sup>, así como con relación al artículo 35.2 CE<sup>1540</sup>.

#### D) Principio de proporcionalidad y otros principios análogos

Hasta el año 1995, el principio de proporcionalidad era un criterio utilizado, ya desde los primeros momentos en que operó el TC, para el enjuiciamiento de las medidas limitativas de los derechos fundamentales. Ya desde la primera jurisprudencia coexistía con otro criterio de enjuiciamiento de tales medidas: el llamado principio de razonabilidad. Con la conversión a partir de 1995 del principio de proporcionalidad en una

---

además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen el juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos", cursiva nuestra. Cfr., además, las SSTC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 4º; 93/1984, de 16 de octubre, FJ 3º; 189/1987, de 24 de noviembre, FJ 6º (véase voto particular); 209/1988, de 10 de noviembre, FFJJ 8º ss; 45/1989, de 20 de febrero; 22/1992, de 14 de febrero, FFJJ 6º y 7º; 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 4º y 203/2000, de 24 de julio, FFJJ 3º ss.

1523 SSTC 120/1990, de 27 de junio, FFJJ 7º ss; 7/1994, de 17 de enero, FJ 2º; 35/1996, de 11 de marzo, FFJJ 3º y 4º; y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.E.

1524 SSTC 178/1985, de 19 de febrero, FJ 3º; 119/1986, de 20 de octubre, FJ 3º; 89/1987, de 3 de junio, FJ 2º; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8º; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7º; 66/1996, de 16 de abril, FJ 3.c; 119/1996, de 8 de julio, FJ 3º; 182/1996, de 12 de noviembre, FJ 3º y 156/1997, de 29 de septiembre, FJ 5º.

1525 SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 10º y 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6º.

1526 STC 144/1987, de 23 de septiembre, FJ 5º; 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 9º; 76/1992, de 14 de mayo, FFJJ 2º y 3º; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7º.

1527 SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3.C; 54/1996, de 26 de marzo; 170/1996, de 29 de octubre, FFJJ 4º y 5º; 128/1997, de 14 de julio, FJ 4º.

1528 SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 3º.

1529 STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3º.

1530 STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12º.

1531 SSTC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 9º y 66/1995, de 8 de mayo, FFJJ 3º ss.

1532 STC 194/1998, de 1 de octubre, FJ 4º.

1533 STC 26/1990, de 19 de febrero, FJ 11.A.

1534 SSTC 74/1991, de 8 de abril, FJ 5º y 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4º.

1535 SSTC 141/1988, de 12 de julio, FJ 7º; 10/1996, de 29 de enero, FJ 3º. Pero las referencias a la razonabilidad han de entenderse, en realidad, como aplicación de la proporcionalidad (en sentido estricto, por lo general).

1536 STC 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8º.

1537 STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 7º.

1538 STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 5º.

1539 STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4º y 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6º.

1540 SSTC 59/1999, de 12 de abril, FJ 7º y 220/1999, de 29 de noviembre, FJ 2º.

técnica precisa, que subdivide el enjuiciamiento en tres fases de examen (idoneidad, necesidad y ponderabilidad) respecto de un fin constitucionalmente lícito, no desapareció tampoco el llamado principio de razonabilidad, por lo que se plantea la cuestión de la distinción entre uno y otro principio.

A nuestro modo de ver, el llamado principio de razonabilidad es, en la práctica, en nuestra jurisprudencia constitucional de limitación de los derechos fundamentales un puro y simple *nomen iuris* vacío de contenido sustantivo propio, pues su posible contenido queda subsumido en el principio de proporcionalidad, especialmente a partir de su configuración tripartita en 1995<sup>1541</sup>. Es significativa, en este sentido, la afirmación dejada caer por el TC en algunas ocasiones sobre la necesidad de constatar "la idoneidad y necesidad (*en definitiva, la razonabilidad*) de la medida limitativa del derecho fundamental"<sup>1542</sup> (cursiva nuestra). Es indiferente determinar si la razonabilidad se identifica con el subprincipio de adecuación, el de necesidad, el de ponderabilidad o proporcionalidad en sentido estricto, con los dos primeros (como podría deducirse de una lectura rápida de las sentencias citadas del TC) o con los tres conjuntamente. Lo que resulta claro es que toda medida que sea proporcional por superar los tres exámenes mencionados es una medida razonable. Una medida limitativa de derechos fundamentales que sea considerada proporcional no puede ser irrazonable.

Es cierto que no faltan pronunciamientos del TC que pueden hacer pensar que el principio de razonabilidad es un *quid aliud* respecto del principio de proporcionalidad, pues se menciona a uno junto al otro, pero lo cierto es que de esas afirmaciones no se ha extraído en nuestra jurisprudencia constitucional consecuencia práctica alguna. E incluso cuando el Pleno del TC, después de que un año antes lo hiciera la Sala Segunda en la STC 55/1996, consagró por vez primera su concepción tripartita del principio de proporcionalidad en la STC 55/1996, sólo un voto particular manifestó que el enjuiciamiento desde la proporcionalidad no

---

1541 Pero también ya antes. Véase, por ejemplo, la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6º, que resume la jurisprudencia anterior: "las limitaciones que se establezcan [a los derechos fundamentales] no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, FJ 3º). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, FJ 5º, y 13/1985, FJ 2º), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10º; 196/1987, FFJJ 4º a 6º; 120/1990, FJ 8º, y 137/1990, FJ 6º). Por lo que ha de analizarse, a la luz de esta doctrina, si una medida como la impugnada en el presente caso, se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquél al que se le impone". El principio de que no se puede limitar el derecho "más allá de lo razonable" da lugar, en definitiva, a que el TC lo que examine sea si la medida persigue una finalidad legítima y es proporcionada a dicha finalidad.

1542 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7º, 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3 a); 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7º.

debía excluir un examen adicional conforme a la razonabilidad.

En dicho voto particular, sostuvo en efecto el magistrado señor Jiménez de Parga (quien no formaba parte de la Sala que había dictado la pionera STC 66/1995) que en la sentencia de la que discrepaba no se delimitaba "el espacio del juicio de constitucionalidad, una operación intelectual aquí imprescindible", ya que sólo "una vez diseñado ese ámbito" —lo que había que hacer "con la ayuda de los criterios de la razonabilidad"— se pudo considerar la proporcionalidad (de las sanciones penales por negativa a realizar la Prestación Social Sustitutoria). En definitiva, la razonabilidad es un canon autónomo y diverso de la proporcionalidad y que hay que aplicar con carácter previo; "los criterios de proporcionalidad tendrán que aplicarse después, sobre la base de un veredicto favorable a la razonabilidad de la sanción penal, a fin de enjuiciar la clase y cuantía de las penas". Por ello, reprocha el magistrado disidente que "a la Sentencia le falta la primera etapa del recorrido lógico".

En su voto particular, especifica Jiménez de Parga el contenido que tendría ese principio de razonabilidad por él sustentado: "El juicio de razonabilidad se forma con apreciaciones de pura racionalidad y con ponderaciones de valores constitucionales. Una norma irracional no puede ser constitucional. Discutible, en cambio, es que toda ley racional sea constitucional [ ] La racionalidad (en cuanto componente del juicio de razonabilidad) se proyecta sobre la relación entre los medios empleados por el legislador, en determinadas circunstancias, y los fines que el precepto analizado persigue<sup>1543</sup>. Me refiero a la finalidad objetiva de la ley, sus *purposes*; no me refiero a los fines del legislador, o *motives*, según la distinción de la jurisprudencia norteamericana. En el caso de los denominados 'insumisos' no resulta irracional el castigo previsto en la ley cuestionada. La Sentencia del Pleno hace unas atinadas afirmaciones al respecto, que suscribo totalmente [ ] Pero la razonabilidad nos lleva a considerar también, además de la racionalidad de las normas, los valores contenidos en ellas, que deben ser comparados con otros valores que la Constitución consagra. La Sentencia del Pleno destaca la importancia del servicio militar para la defensa de España (fundamentos jurídicos 7º y 9º). Es un deber constitucional proclamado en el art. 30.1 CE. Cuidadoso el constituyente de la efectiva tutela de los derechos fundamentales admite la objeción de conciencia al servicio militar y la configuración por el legislador de la prestación social sustitutoria de ese servicio. La ponderación de los valores contrapuestos: por un lado, la libertad ideológica y, por otro lado, la solidaridad de los españoles en el cumplimiento de los servicios comunes (o en "la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles", facilitando a la sociedad "una fuente de medios personales en caso de necesidad"), nos hace concluir que no son irrazonables los preceptos legales cuestionados. Esta ponderación de valores —insisto— es un componente esencial del juicio de razonabilidad. No comparto, por ello, lo que se dice en el párrafo tercero, del fundamento jurídico 7º, de la Sentencia del Pleno: 'Con

---

<sup>1543</sup> En igual sentido, ya en su voto particular a la STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 3º.

independencia de cuál sea el bien jurídico protegido por la norma analizada  
 ..."

Esta opinión disidente no resulta, a nuestro modo de ver, convincente. En primer lugar, y en cuanto al primer componente del principio de razonabilidad según la misma, la racionalidad, el propio voto particular señala que la sentencia de la que discrepa, en cuanto a este punto, hace unas "atinadas afirmaciones" que el magistrado discrepante suscribe. En realidad, hay que decir que esa racionalidad, referida según el voto particular a la relación entre los medios utilizados por la ley y su finalidad objetiva, estaría comprendida más bien en el primer subprincipio de proporcionalidad, esto es, el de idoneidad y tal subprincipio no es analizado por la sentencia por cuanto, se dice en la sentencia, tal idoneidad ni ha sido cuestionada ni existen elementos para dudar de ella en el caso de autos. Por ello, no se entiende muy bien cuáles son las "atinadas afirmaciones" a que se refiere el voto particular. Y en cualquier caso, este primer componente, según el voto particular, del propuesto principio de razonabilidad no es el motivo de la discrepancia del magistrado firmante.

Y en segundo lugar, en lo referente ya al otro componente del principio de razonabilidad según el voto particular, hay que decir que en cuanto que tal componente consiste en "la ponderación de los valores contrapuestos" en realidad está incluido también en el principio de proporcionalidad, y en concreto en el tercer subprincipio que lo compone, el llamado principio de proporcionalidad en sentido estricto, prohibición de exceso o ponderabilidad. Por ello, en realidad, y aunque el propio magistrado discrepante no lo haga constar así, la discrepancia con los magistrados de la mayoría no está, no puede estar, pese a la afirmación del voto particular, en la omisión de una ponderación de valores contrapuestos, sino en un momento previo y anterior, pues si se lee bien la opinión discrepante se observa que lo que reprocha a este respecto a la opinión mayoritaria plasmada en la sentencia es la omisión de ponderación entre la libertad ideológica, por un lado, y la solidaridad de los españoles en el cumplimiento de los servicios comunes (o en "la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles", facilitando a la sociedad "una fuente de medios personales en caso de necesidad"), por otro lado. Y ahí, no en otro lugar, está la discrepancia de fondo con la sentencia, aunque ello no sea suficientemente destacado por el voto particular. Porque el TC en su sentencia niega la aplicación al respecto de la libertad ideológica, y afirma que sólo resulta de aplicación el derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, que es el "valor contrapuesto" con el que, en el tercer y último escalón de examen de la proporcionalidad, pondera el TC la gravedad de la sanción y la finalidad de la norma (satisfacción de necesidades colectivas derivadas de la defensa de España *ex artículo* 30 CE). No falta, pues, en la sentencia una ponderación de valores contrapuestos, como el voto particular le reprocha. Lo único que ocurre es que esa ponderación se hace exclusivamente con relación al derecho fundamental del artículo 17, y no con relación al artículo 16 CE y ello por las razones que el propio TC

explicita en su fundamento jurídico 5º<sup>1544</sup>. Esta no aplicación de la libertad ideológica al supuesto de autos podrá o no compartirse, pero, sea como sea, ello es algo que aquí no nos interesa en cuanto que no afecta a la estructura del principio de proporcionalidad ni, en contra de lo que se sostiene en el voto particular, a la existencia de un principio autónomo de razonabilidad.

Y en tercer lugar, respecto también de la inexistencia de ponderación entre la libertad ideológica y los fines de la norma penal enjuiciada, merece asimismo una crítica la fundamentación del voto particular, que únicamente señala su ausencia formal y a continuación, en vez de explicitar una ponderación material alternativa que, a su juicio debió existir, se limita a expresar el resultado de dicha ponderación, que estima, como los restantes magistrados en la sentencia, favorable a la constitucionalidad (discrepancia meramente argumentativa, no en cuanto a la resolución de fondo). Una ponderación como la defendida por el voto particular requiere, a nuestro modo de ver, no meramente expresar el resultado de la misma, sino también hacer explícito en la mayor medida en que ello sea posible el proceso lógico a través del cual se lleva a cabo esa ponderación de "valores contrapuestos". En la medida en que en el voto particular no se hace en absoluto así, el mismo ha de merecer una crítica pues deja abierta la puerta a la arbitrariedad y a la "tiranía de los valores".

---

1544 Las "sanciones impuestas por el incumplimiento de la prestación social" son "una cuestión frente a la que aisladamente, como hemos razonado, no puede oponerse el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar ni otras concreciones de la libertad ideológica con ella conectadas directa o indirectamente [] Todo ello nos conduce a nuevas conclusiones relativas al ámbito legítimo de intervención penal. En la medida en que determinados comportamientos no sean expresión lícita de la libertad ideológica ni queden amparados por la objeción de conciencia legal o constitucionalmente estatuida, pueden ser, en principio, objeto de tipificación penal. Con independencia de que la índole del móvil propio de una determinada clase de conductas pueda y, según los supuestos, si incide en el mayor o menor disvalor de las mismas, deba tenerse en cuenta en la configuración de la pena, lo cierto y evidente es que, salvo que se pretenda diluir la eficacia de las normas y menoscabar el orden jurídico y social que conforman legítimamente, no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor". Con ello, se viene a rechazar "la alegación relativa al artículo 16 CE", que "tiene como piedra angular la consideración de que el comportamiento típico" del delito de negativa a realizar la prestación social sustitutoria "constituye una manifestación de la libertad ideológica y de que la sanción que se le anuda constituye, por desproporcionada, una restricción inconstitucional de dicha libertad". Y como consecuencia de todo lo anterior, comienza diciendo el fundamento jurídico 6º: "El contenido de las cuestiones queda contraído así a la posible oposición entre la norma aplicable y el derecho a la libertad personal, como consecuencia del hipotético carácter desproporcionado de la sanción prevista en aquélla". Si se lee detenidamente el voto particular, se comprueba que es esta no aplicabilidad del artículo 16 CE la que origina la discrepancia, por más que el reproche se dirija, sobre la base a nuestro juicio de un mal entendimiento de la sentencia, a la inexistencia de ponderación, pues ésta sí que existe ya dentro del principio de proporcionalidad, aunque no respecto de la libertad ideológica, que se consideró no aplicable, lo cual es algo distinto.

Por lo demás, y para terminar, es de destacar que son muchas las sentencias en que el TC no aplica el principio de razonabilidad como diverso del de proporcionalidad, sin que Jiménez de Parga formule voto particular alguno<sup>1545</sup>.

Por otro lado, hay que reconocer que la "razonabilidad" se aplica como un criterio autónomo y explícito con relación a derechos fundamentales como los del artículo 24, sin que se mencione con relación a ellos por lo general al principio de proporcionalidad, ni a secas ni en su triple contenido, ni siquiera después de las SSTC 66/1995 y 55/1996. Habrá que esperar para saber si el TC aplicará la estructura triple del principio de proporcionalidad, consagrada en las citadas sentencias, también a derechos de configuración legal<sup>1546</sup> como los del artículo 23<sup>1547</sup>, 24<sup>1548</sup> o 27, algo que no se ha hecho hasta ahora, pero en cualquier caso

---

1545 Es significativa, por ejemplo, la STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3º, de la que fue ponente Jiménez de Parga y en la que, con relación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, se habla de "estricta observancia [...] de la proporcionalidad", pero nada se dice de la razonabilidad como criterio distinto de aquélla. Y también fue el ponente de la STC 170/1996, de 29 de octubre, en la que, con relación al mismo derecho que la anterior, se examina si la medida limitativa es "razonable y proporcional", concluyéndose que no es "una decisión razonable y proporcionada", sin distinguos entre las dos categorías (FJ 6º).

1546 Sobre la falta de reflexión en torno al a aplicación de este principio a los derechos fundamentales de configuración legal y sus posibles particularidades, dado que se trata de derechos respecto de los que el propio legislador coadyuva a su delimitación, concretizando las específicas facultades, garantías, posiciones jurídicas y posibilidades de actuación integrantes de su contenido constitucionalmente protegido, véase Manuel Medina Guerrero, "El principio de...", cit., p. 121, n. 12.

1547 Por ejemplo, recientemente, STC 151/1999, de 14 de septiembre, FFJJ 1º y 3º. No se aplica explícitamente el principio de proporcionalidad ni tampoco el de razonabilidad, si bien a toda la argumentación subyace una aplicación indistinta de cualquiera de ellos, si bien falta todo examen escalonado, propio del primero de ellos tras las SSTC 66/1995 y 55/1996, pero que quizás no quepa aplicar con tal estructura en los derechos de configuración legal. El TC consideró que la interpretación por los jueces ordinarios de que de la pena, impuesta a un alcalde, de inhabilitación para otros cargos "análogos" se refería a cualquier cargo electivo era "fruto de una exégesis razonable", no arbitraria ni errónea, y guardaba "aparente proporción con el hecho de que trae causa", sin que "en definitiva restrinja o impida indebidamente el ejercicio del derecho" del artículo 23 CE. Por el contrario, en un voto particular, el magistrado y penalista Vives Antón sostuvo, atinadamente a nuestro juicio, que "no resulta prima facie admisible decir que todos los cargos públicos electivos sean análogos", primera impresión que se refuerza con la lectura de las SSTC 80/1987 (el cargo de diputado autonómico no es análogo a los de alcalde y concejal) y 154/1993 (no son análogos los cargos de Alcalde y diputado autonómico), sentencias que la propia mayoría cita pero que, en realidad, no abonan su tesis. Al no seguir este criterio la mayoría del Tribunal "no sólo reduce materialmente el ámbito del derecho reconocido al recurrente en el art. 23.2 CE; sino que lo desconoce también formalmente, pues la previsibilidad de las medidas restrictivas de un derecho fundamental constituye una de las primeras exigencias dimanantes del mismo (STC 49/1999, FJ 5º)". Esta conclusión resultaría reforzada, desde nuestro punto de vista, en atención al principio favor libertatis, de especial incidencia en materia penal, dada la intensidad con que en esta materia se restringen los derechos fundamentales.

1548 SSTC 3/1994, de 17 de enero, FJ 6º; 19/1994, de 27 de enero, FJ 3º; 49/1999,

hay que entender, desde nuestro punto de vista, que las alusiones a la razonabilidad con respecto a estos u otros derechos son equiparables o sustituibles por el enjuiciamiento de la proporcionalidad por lo menos en sentido estricto (o ponderabilidad), como el TC reconoce explícitamente<sup>1549</sup>, sin perjuicio de que no falten ocasiones en que el TC parezca diferenciar entre la "razonabilidad" y la proporcionalidad, como en la STC 47/1988<sup>1550</sup>.

de 5 de abril, FJ 2º. Con relación a este derecho, parece firme el criterio del TC de utilizar más el criterio de razonabilidad que el de proporcionalidad. Sin embargo, también se aplica la idea de proporcionalidad con relación a este derecho: véanse las SSTC 141/1988, FJ 7º; 10/1996, de 29 de enero, FJ 3º. Según esta última, para que la limitación por el legislador del acceso al proceso sea constitucional: en primer lugar, ha de existir una justificación constitucionalmente lícita de esa privación de acceso; y, en segundo lugar, el sacrificio impuesto a los particulares en su derecho de acceder a la justicia ha de ser proporcionado a tal fin. En el mismo sentido, STC 57/1993, de 14 de enero, FJ 2º: "no cabe oponer el art. 24.1 CE a aquellas medidas que, suponiendo un cierto gravamen, no impiden el acceso al proceso, obedecen a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionales protegidos y que guardan proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables".

1549 STC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3º, entre otras.

1550 STC 47/1988, de 21 de marzo, FJ 5º: "La limitación por el legislador de los legitimados para deducir pretensiones de control abstracto de normas laborales pactadas no supone el establecimiento de obstáculos innecesarios o excesivos; es, por el contrario, razonable y proporcionada. Es razonable porque, como el Letrado del Estado indica, con tal regla o se da satisfacción a la necesidad de que exista una correspondencia o adecuación entre el tipo de pretensión que se hace valer y el sujeto que la deduce" (pretensión abstracta/sujeto colectivo), además de que se fomenta "la promoción de la estabilidad del Convenio, evitando abrir vías que faciliten posturas obstruccionistas de la aplicación de la norma" y aparte de "otras razones de orden práctico como la falta de idoneidad de un proceso individual para que en él aflore el conjunto de contrapartidas que está en la base de todo Convenio [ ] Esta limitación de la legitimación es, además, proporcionada, porque al trabajador o trabajadores, individualmente considerados, siempre queda abierta la posibilidad de defensa de sus derechos o intereses propios o particulares presuntamente lesionados por la ilegalidad del Convenio; cuando litigue por su propio y directo interés, no le será inadmitida su pretensión [cursiva nuestra]. La atribución de legitimación a unos sujetos representativos [...] no va acompañada, por tanto, del sacrificio de las posibilidades de defensa del individuo [ ] Debe, por tanto, concluirse que la decisión del Tribunal Central de Trabajo, además de razonada, realiza una interpretación y aplicación de las normas legales al caso, razonable y no injustificadamente restrictiva. Es razonable, porque, en atención a las peticiones de la demanda de los aquí recurrentes que instaban la nulidad, anulabilidad o inaplicabilidad del Convenio, entiende que deducen una pretensión de nulidad total (de todo el Convenio) o parcial (de las cláusulas del Convenio sobre ámbito personal de aplicación y de aquellas otras que incluyen a los actores, como a todo el grupo en similar situación) con efectos *erga omnes*, con relevancia para derechos o intereses que no son los propios de los accionantes y que estos tampoco representan. Por otra parte, no supone para los recurrentes la imposibilidad de toda defensa, sino, por el contrario, permite una ulterior defensa plena de los accionantes con otro tipo de pretensión que sea adecuada a sus facultades de disposición. Realiza, pues, una interpretación y aplicación razonable de las complejas previsiones legales, a falta de opción expresa del legislador por el criterio contrario, y aun cabiendo otras tesis doctrinalmente defendibles y

### **E) El principio de proporcionalidad en la ley y en la aplicación de la ley**

El principio de proporcionalidad como criterio constitucional delimitador de toda intervención restrictiva en los derechos fundamentales se aplica tanto al legislador, como a los jueces y tribunales, como también a las Administraciones públicas. Puede también distinguirse entre proporcionalidad en la ley y proporcionalidad en la aplicación de la ley. La proporcionalidad frente al legislador sería siempre proporcionalidad en la ley; la proporcionalidad frente al juez sería siempre proporcionalidad en la aplicación de la ley, como también lo sería, por lo general, la proporcionalidad frente a la Administración<sup>1551</sup>, aunque no siempre, pues cuando la Administración aprueba normas de alcance general (reglamentos) se trataría de una proporcionalidad en la aplicación de la ley, si bien, naturalmente, el supuesto no es equiparable a la proporcionalidad que se aplica frente al legislador. Se impone, por ello, una distinción de todos estos supuestos.

#### **A') Proporcionalidad frente al legislador**

El TC ha sostenido la aplicabilidad del principio de proporcionalidad frente al legislador, si bien con especialidades derivadas del hecho de ser el legislador el cauce a través del que se expresa de ordinario la voluntad popular. Y así, ya en la STC 11/1981, señalaba el TC que, "en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas"<sup>1552</sup>. Y con relación concretamente al art. 24, pero en una doctrina generalizable para los derechos de configuración legal, ha señalado el TC que "no tratándose de un derecho de libertad, sino de un derecho prestacional, el de tutela judicial efectiva en sus diversas vertientes es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio"<sup>1553</sup>, si bien "la libertad de

---

constitucionalmente admisibles. La seguida no es tampoco indebidamente restrictiva del derecho en juego; en tal sentido, se acomoda a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad semejantes a los expuestos antes sobre las normas legales en la materia".

1551 Ello sin perjuicio de que al controlar la proporcionalidad de un acto aplicativo del Derecho por la Administración o por el juez haya que examinar también la proporcionalidad de la ley (formal) misma que se aplica en el caso concreto, pero es que entonces se trata en realidad de proporcionalidad frente al legislador.

1552 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º.

1553 STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5º.



conformación que asiste al legislador en el marco de un derecho como éste, que inexcusablemente requiere su intervención, no autoriza a aquél a oponer obstáculos en el acceso al proceso que sean “innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución”<sup>1554</sup>. Y entiende así el TC, que la libertad del legislador a la hora de determinar las modalidades procesales y los requisitos formales que han de presidir la relación de los ciudadanos con los órganos jurisdiccionales no puede cuestionarse, salvo cuando la opción legislativa suponga, por la propia naturaleza de las exigencias que impone al ciudadano, erigir un obstáculo real y efectivo para el acceso a la tutela judicial sin una justificación discernible y legítima a la luz de los derechos o valores a los que sirve. Sólo de esta evaluación de la carga impuesta al ciudadano puede deducirse la hipotética trasgresión del art. 24 CE, sin que incumba a este Tribunal valorar la mayor o menor adecuación, conveniencia o actualidad de la norma, pues son éstos rasgos que, salvados los límites que se acaban de exponer, sólo al legislador incumbe apreciar”<sup>1555</sup>.

Sin embargo, también aquí pueden distinguirse dos etapas, pues si *en términos generales* puede decirse que la proporcionalidad se consagra como una técnica trifásica precisa a partir de la STC 55/1996, sentencia pronunciada en el marco del recurso de amparo, con relación *concretamente al legislador* ello va a tener lugar a través de la STC 66/1995, pronunciada en el marco de un recurso de inconstitucionalidad y en la que se va a afirmar de un modo explícito y rotundo la aplicación del principio de proporcionalidad, como técnica de control del respeto a los derechos fundamentales, respecto del legislador.

Esta última sentencia se refería concretamente al legislador penal, pero dado el carácter explícito con que se expresa el control de la proporcionalidad respecto del legislador, su doctrina tiene una importancia que excede del ámbito a que viene referida. En primer lugar, es de destacar que el control de la proporcionalidad no es un control de la oportunidad legislativa, ni del acierto del legislador: ‘Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional’<sup>1556</sup>. Precisión ésta de una importancia especial en cuanto que se refiere al ámbito penal, donde por la propia naturaleza de las cosas es preciso reconocer un especial ámbito de movilidad al legislador para diseñar así la política criminal que mejor se

---

1554 STC 48/1995, de 14 de febrero, FJ 2º A), con referencia a la STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5º.

1555 STC 48/1995, de 14 de febrero, FJ 3º. Estas últimas palabras las interpreta Medina Guerrero, desde otro punto de vista, como un rechazo enérgico a la aplicación del juicio de adecuación, primer componente del principio de proporcionalidad, aunque a nuestro juicio no es así más allá de lo que la lera de la sentencia parezca indicar. Manuel Medina Guerrero, “El principio de proporcionalidad...”, cit., p. 124.

1556 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º.

adapte a la cambiante realidad social y delictiva. En este ámbito del Derecho Penal, la desproporción, en principio, puede consistir bien en que la reacción penal sea en sí misma innecesaria, bien en que la cuantía o extensión de la pena sea excesiva en relación con la entidad del delito y tal desproporción afectará al tratamiento del derecho de cuyo ejercicio se priva, o cuyo ejercicio se restringe, con la sanción (la libertad personal en lo que es la pena más tradicional y paradigmática), pudiendo así' quedar afectado, junto con el principio de legalidad penal del art. 25 CE, el derecho cuyo ejercicio quedaba implicado en la conducta prohibida<sup>1557</sup>.

El juicio de proporcionalidad, señala el TC, ha de partir inexcusablemente "del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo". En el ejercicio de dicha potestad "el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...]. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que 'ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena". "La reflexión anterior anticipa ya los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador [...] una hipotética

---

1557 En la aplicación del principio de proporcionalidad al legislador penal, el juicio de adecuación habrá de venir referido a la relación que existe entre la sanción penal y el fin o fines inmediatos de la norma; el juicio de necesidad se refiere a la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la sanción enjuiciada, y el TC sólo apreciará su inobservancia cuando resulte palmario que hay otras medidas de intensidad coactiva y funcionalidad claramente similar a la enjuiciada- y el juicio de proporcionalidad estricta se refiere al contraste entre la gravedad del delito que se trata de impedir, y en general los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales, y la gravedad de la pena que se impone, y en general los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales.

solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada mas ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma". En suma, no se trata de evaluar la eficacia o la bondad del precepto penal ni de calibrar el grado de disvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción, sino sólo si la intervención legislativa ha respetado los límites externos que el principio de proporcionalidad impone desde la Constitución al tratamiento de la libertad personal<sup>1558</sup>.

Aun cuando la doctrina anterior se refiere al ámbito penal, donde la libertad de configuración que ha de reconocerse al legislador es especialmente amplia, sus grandes principios son extrapolables en general a la aplicación del principio de proporcionalidad respecto del legislador, bien que de manera un tanto atenuada cuando no se trata del legislador penal. Por todo ello, como veremos al referirnos a la cuestión de la densidad de control a través del principio de proporcionalidad, la intensidad fiscalizadora del TC es aquí considerablemente inferior, muy especialmente cuando se trate del legislador penal, a la que rige respecto de las medidas administrativas y las resoluciones judiciales. Como dice el TC, en estos casos el juicio debe ser "muy cauteloso"<sup>1559</sup>. A nuestro modo de ver, ese carácter cauteloso del examen de la proporcionalidad ha de predicarse, concretamente, respecto de los juicios de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto (o de equilibrio), pero no ya en igual medida respecto del juicio de necesidad, pues si en el momento de aprobarse la norma existía otro medio alternativo al utilizado (y que se enjuicia) por el legislador para lograr, de manera igualmente efectiva, el fin pretendido por la norma, pero menos restrictivo que el sujeto a examen, es algo que se presta en mucha menor medida a un margen de apreciación que los otros dos juicios y ello incluso, o precisamente, cuando se trata del ámbito penal<sup>1560</sup>.

Por otro lado, otra hipótesis particular de control de la proporcionalidad por parte del legislador viene constituida por las omisiones legislativas cuando estén en juego derechos fundamentales, supuesto para el que el TC ha afirmado su competencia fiscalizadora, como hemos visto ya al hablar del concepto de intervención en los derechos fundamentales, de manera que la falta de regulación legal se supera, relativamente al menos, a través de una eficacia directa del derecho fundamental de que se trate, como así se ha aceptado respecto de la objeción de conciencia al servicio militar<sup>1561</sup> o la libertad de

---

1558 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9º y 136/1999, de 20 de julio, FJ 23º.

1559 STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23º.

1560 No nos parece, por ello, que sea correcto que el control acerca de la necesidad de la medida tenga, como el TC sostiene en la STC 55/1996, "un alcance y una intensidad muy limitadas", limitándose a determinar si "resulta evidente la manifiesta insuficiencia" de un medio alternativo menos restrictivo, pero igualmente eficaz, del derecho fundamental o un "sacrificio patentemente innecesario" del mismo.

1561 STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 8º.

comunicación con relación a la televisión local por cable<sup>1562</sup>, aunque ello no siempre sea posible<sup>1563</sup>.

La aplicación del principio de proporcionalidad al legislador ha sido criticada por la doctrina. Como es fácilmente imaginable, a esta crítica tenderán más aquellos autores que partan de una concepción estrecha de los "tipos" iusfundamentales o del ámbito normativo del derecho fundamental, y por ello mismo, partan también de un concepto estrecho de límites. Y así, significativamente, Jiménez Campo, partiendo de su particular concepto de "limitación" y de "delimitación" de los derechos fundamentales, ya examinado en otro momento, considera que en este segundo supuesto, cuando el legislador contribuye a "delimitar" el derecho, la consigna *favor libertatis* de la que considera derivado el principio de proporcionalidad, "no dice absolutamente nada sobre si el contenido esencial ha sido respetado", mientras que cuando el legislador contribuye a "limitar" el derecho respecto de su régimen común u ordinario, su regulación habrá de respetar, además del contenido esencial, las exigencias derivadas del principio de igualdad, sin que la proporcionalidad añada ningún criterio que sea significativo y necesario. Concluye, por ello, que "el enjuiciamiento de la ley, en suma, no perdería gran cosa, y ganaría alguna certeza, si se invocara menos -o se excluyera, sin más- el principio de proporcionalidad como canon genérico de la ley, esto es, al margen de lo que exige el principio constitucional de igualdad"<sup>1564</sup>.

Sobre ello, hemos de decir, partiendo ya de entrada del rechazo de toda concepción estrecha del ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales, que la aplicación del principio de proporcionalidad al legislador no supone, en modo alguno, una sustitución del reino de la política por el del Derecho, ni que el TC se inmiscuya indebidamente en el campo del legislador, sino simplemente una técnica a través de la que se garantiza el valor normativo de aquellos preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales también frente al legislador y ello,

---

1562 STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7º. En este último caso, se consideró inconstitucional la prohibición absoluta de emitir televisión local por cable, derivada de la ausencia de regulación legal de dicha modalidad televisiva sin que hubiese razones que lo justificaran, en especial en atención a la escasa complejidad técnica de la regulación de su régimen concesional por razón del soporte tecnológico empleado para la emisión (tales emisiones no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, pues no lo es la vía pública) y al dato de que no implican, por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras. Por ello, concluye el TC, no cabe "sujetar a concesión o autorización administrativa —de imposible consecución, por demás— el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable".

1563 Piénsese en una norma penal que castigue el allanamiento de la morada por un español, pero no la de un extranjero. La omisión legislativa relativa o parcial no puede solucionarse por medio de una extensión de un precepto penal contraria al principio de legalidad penal y la interpretación restrictiva propia de las normas penales, máxime si hubiera de hacerse en contra de su tenor literal e intención.

1564 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 77 ss.

naturalmente, no en nombre de la Política, sino del Derecho, pues una cosa es que el legislador tenga una amplia libertad de configuración y otra que esté exento del Derecho. No lo está, sino vinculado, y en términos estrictos, por el Derecho constitucional, especialmente el relativo a los derechos fundamentales, y allí donde éstos marquen un criterio definido a seguir, tal criterio se habrá de imponer incluso al mismo legislador. No se trata, en modo alguno, de un planteamiento de todo o nada: o la Constitución es un programa a ejecutar por el legislador o éste tiene una libertad poco menos que absoluta. El legislador tiene una libertad de configuración normativa de partida, pero en el marco de la Constitución y los derechos fundamentales y allá donde éstos, equilibrados a través del principio de proporcionalidad con otros bienes o derechos constitucionales, marcan un límite, también el legislador habrá de respetar ese límite pues también él está vinculado a la Constitución (art. 9.1 CE) y al respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53 CE).

#### **B') Proporcionalidad frente a los órganos aplicadores del Derecho (Administración y Poder judicial)**

El principio de proporcionalidad vincula a la Administración, que habrá de respetarlo en todas sus actuaciones, pero debe aquí diferenciarse según que actúe en el ejercicio de potestades regladas o discrecionales, pues mientras en el primer caso la eventual lesión del principio de proporcionalidad habrá de imputarse más bien a la propia norma que habilita a la Administración para actuar, siempre que la Administración haya actuado en su marco, en la segunda hipótesis la inobservancia de las exigencias que dimanarían del principio sí que será imputable a la Administración y de algún modo podríamos decir que el principio de proporcionalidad viene a actuar en tales supuestos como un elemento reglado que se introduce en dicha potestad discrecional, especialmente el subprincipio de necesidad (sólo serán legales las medidas que sean proporcionadas). Como señalamos en otro momento, el legislador más reciente, concretamente en el ámbito administrativo, es crecientemente sensible a la necesidad de consagrar positivamente este principio, que poco a poco va adquiriendo carta de naturaleza como verdadero principio general del Derecho administrativo y no como una mera regla y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo es cada vez más receptiva hacia este principio y no sólo cuando resulten afectados derechos fundamentales<sup>1565</sup>, pues respecto de estos se trata de una exigencia derivada de la jurisprudencia de nuestro TC, especialmente en sus tiempos más recientes y que alcanza, desde nuestro punto de vista, al *método escalonado de examen* del principio y, por supuesto, al concreto contenido que el TC va dándole con relación a cada tipo de supuestos y a cada aspecto de cada derecho. A su vez, la jurisprudencia

---

<sup>1565</sup> Así, en materia de derechos fundamentales, por ejemplo SSTS de 29 de abril de 1991, 21 de julio y 24 de octubre de 1997, 2 de febrero de 1998, etc.

del TS habrá de ser seguida por todos los demás órganos jurisdiccionales.

En lo que se refiere a la proporcionalidad aplicada a las sentencias, partiendo siempre de la vinculatoriedad del principio para todos los jueces y tribunales a partir de la jurisprudencia del TC, debe distinguirse según que la intervención en el derecho fundamental sea directa, esto es, imputable propiamente a la sentencia o sólo indirecta, por no amparar debidamente el ejercicio del derecho fundamental:

a) El TC ha señalado que la aplicación del principio de proporcionalidad "permite un margen de apreciación" a favor de los jueces y tribunales como encargados "también" de la tutela general de los derechos fundamentales, margen que el TC ha de respetar, "pues lo contrario llevaría a que este Tribunal viniera a sustituir a la jurisdicción ordinaria. Entendemos que el recto funcionamiento de una sociedad democrática implica que cada institución asuma el cumplimiento de la función que le es propia, lo que nos lleva a la conclusión de que el Tribunal Constitucional ha de circunscribirse a determinar si el principio de proporcionalidad ha quedado infringido, desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, por ser las medidas adoptadas desproporcionadas para la defensa del bien que da origen a la restricción"<sup>1566</sup>. Existe, pues, un margen de apreciación a favor de los tribunales mayor que el que pueda tener la Administración y el control se limita a determinar si la medida es "desproporcionada", siendo, así pues, un control negativo.

b) Más en particular, hay que referirse a las sentencias en las que el problema iusfundamental no se plantea respecto de una eventual afectación directa o inmediata de los derechos fundamentales por los jueces, sino de una afectación sólo indirecta o mediata, algo que se deriva del hecho de que en nuestro Derecho positivo hay que partir de la eficacia sólo indirecta o mediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*: cuando se considere que un particular ha vulnerado con su actuación el derecho fundamental de otro, éste habrá de promover la tutela de su derecho frente al poder judicial y sólo si los jueces no le amparan como es debido en el ejercicio de su derecho, podrá acudir ante el TC impugnando la resolución o las resoluciones judiciales que no le ampararon debidamente en su derecho fundamental. En tales casos, el TC ha confirmado también la aplicación del principio de proporcionalidad, si bien habrá que examinar entonces la proporcionalidad, no de las resoluciones judiciales frente a las que se plantea el amparo ante el TC, sino del acto del particular directamente lesivo, según los solicitantes del amparo, del derecho fundamental, algo que, por cierto, no hace sino realzar más aún la ficción en que descansa la doctrina ya aludida de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales frente a particulares. Así, en el caso de un empresario que instala un circuito cerrado de televisión dentro de la empresa que afecta a la zona donde un determinado trabajador desarrollaba su actividad

laboral, debe enjuiciarse la proporcionalidad de tal medida, y no la de la resolución judicial que pretendidamente no ampara el derecho fundamental a la intimidad personal del trabajador afectado<sup>1567</sup>. Y si bien este enjuiciamiento directo de la medida del particular se hace con relación a las resoluciones judiciales que conocieron de ella para determinar si realizaron un adecuado enjuiciamiento de la proporcionalidad<sup>1568</sup>, de algún modo esta técnica de examen "levanta el velo" a la ficción de la eficacia indirecta frente a particulares de los derechos fundamentales<sup>1569</sup>, como no podía ser de otro modo, pues si verdaderamente fuera la resolución judicial la que afectase al derecho, el examen de proporcionalidad habría que aplicarlo a dicha resolución y no a la actuación de particulares que en la misma se enjuiciaba. Al no hacerlo así, se pone de manifiesto el carácter en cierto modo ficticio de la doctrina de la eficacia indirecta. Con todo, también aquí entendemos que es aplicable la doctrina del margen de apreciación, que no se proyectará a la proporcionalidad de la medida misma adoptada por el juez, sino a su valoración de la proporcionalidad de la medida o actuación del particular que afecte al derecho fundamental.

Es discutido, sin embargo, si en las relaciones *inter privatos* en que resulten afectados derechos fundamentales hay que aplicar el principio de proporcionalidad en su triple dimensión o sólo se aplica la proporcionalidad en sentido estricto. Ésta última es la posición de Rodríguez de Santiago, para quien en tales casos "no parece que se den propiamente los presupuestos que explican y hacen aplicable el principio de proporcionalidad (intervención estatal en ámbitos de autodeterminación individual, tensión poder público-libertad del ciudadano) en toda su amplitud (utilidad, necesidad, ponderación). Aquí hay sólo ponderación, que puede llevar a argumentaciones y resultados, a veces, semejantes a los de la doctrina relativa al principio de proporcionalidad, pero que no se rige por ésta"<sup>1570</sup>. Desde nuestro punto

---

1567 STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7º.

1568 "El control que debe realizar este Tribunal de las resoluciones judiciales recurridas en amparo ha de recaer, precisamente en enjuiciar si, como exige la doctrina reiterada de este Tribunal el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente que (... la medida del particular que pretendidamente afecta al derecho fundamental) ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal del solicitante de amparo, de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad". STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 8º; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6º.

1569 STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7º. En el caso decía el TC que las infracciones de derechos fundamentales alegadas, imputables en primer término al Juzgado de lo Social [por admitirse como prueba de cargo en el proceso por despido las grabaciones de vídeo, presentadas por la empresa] lo son asimismo a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, por no haber reparado las misma estimando el recurso de suplicación del recurrente y también a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por inadmitir el recurso de casación para la unificación de doctrina". Pese a ello, el principio de proporcionalidad se examina directamente respecto de la medida del empresario pretendidamente lesiva del derecho fundamental.

1570 José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes...*, cit., p. 110.

de vista, en el caso de conflictos entre derechos fundamentales, como veremos más adelante, no debería aplicarse el principio de proporcionalidad en su triple contenido de idoneidad, necesidad y ponderabilidad, salvo en los casos en que exista una intervención del poder público que, para proteger uno de los derechos que colisionan, interviene en el otro, en cuya hipótesis sí que podrán aplicarse aquellos tres subprincipios, así como también en las hipótesis en que el conflicto se produzca, en el seno de las relaciones laborales, con los artículos 33 y 38<sup>1571</sup>. Estas excepciones, y quizás alguna más, se explican porque en el primero de los casos hay una intervención del poder público y en el segundo de ellos, que no suele ser planteado en la jurisprudencia como un conflicto propiamente dicho, porque hay una situación clara de subordinación del trabajador respecto del empresario y es éste quien, sobre la base de su *status* superior, adopta las medidas que están en el origen del conflicto, por lo que la equiparación *grosso modo*<sup>1572</sup> de su

---

1571 SSTC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7º y 202/1999, de 8 de noviembre, aunque esta última resulta harto confusa, como luego diremos, en su aplicación del principio de proporcionalidad.

1572 Sólo *grosso modo*, pues indudablemente la inserción en una relación laboral lleva consigo una modulación de los derechos fundamentales del trabajador. Como ha dicho nuestro TC: “la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2º, cuya doctrina se reitera posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988, de 21 de enero, 129/1989, de 17 de julio, 126/1990, de 5 de julio, 99/1994, de 11 de abril, 106/1996, de 25 de noviembre, y 90/1997, de 6 de mayo). En consecuencia, y como también ha afirmado este Tribunal, el *ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos* (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4º; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2º; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5º, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6º), perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994, FJ 4º, y 6/1995, de 10 de enero, FJ 2º)” (cursiva nuestra). Y concretando más, señala el TC que “los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, FJ VI, 6/1995, FJ 3º y 136/1996, FJ 7º). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de



actuación a la de los poderes públicos está justificada. En los demás casos en que, sin haber conflicto entre derechos fundamentales, resulta de aplicación un derecho fundamental en las relaciones entre particulares no debería aplicarse más que el subprincipio de ponderación.

Ello partiendo siempre de la necesaria modulación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y en particular en el ámbito laboral, que será la que realice el legislador (y enjuicie, en su caso, el TC), si bien, a falta de normativa aplicable, habrán de ser los propios jueces quienes lleven a cabo *ad casum* la adaptación, esto es, la ponderación entre el derecho fundamental y los bienes constitucionales contrapuestos en tales relaciones. En el caso de las relaciones laborales, ese bien o derecho contrapuesto es la propiedad privada y, especialmente, la libertad de empresa<sup>1573</sup>, junto a la autonomía de la voluntad, mientras que en el ámbito de las restantes relaciones privadas es sobre todo dicha autonomía de la voluntad, que es un bien constitucional que se deduce del principio general de libertad (art. 1.1 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), entre otros preceptos. La modulación de los derechos fundamentales tiene lugar a través de esa ponderación proporcionada entre los derechos y bienes colisionantes a través de un "prudente método de apreciación casuística"<sup>1574</sup>. En cualquier caso, se trata de una ponderación que tendrá un mayor margen de maniobrabilidad en la medida en que no exista una previa regulación por parte del legislador sobre la materia y, como dicen Alonso Olea y Casas Baamonde, la eficacia plena de los derechos fundamentales en el ámbito laboral se predica especialmente, a

---

octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 2º)". "Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven 'el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional' (STC 6/1988, de 21 de enero). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá 'en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva' (STC 99/1994). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre, entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987, de 20 de octubre, 4/1996, de 16 de enero, 106/1996, 186/1996, de 25 de noviembre, y 1/1998, de 12 de enero, entre otras muchas) [ ] Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad. STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 7º.

1573 STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6º.

1574 Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 702.

falta de desarrollo legal —o convencional colectivo “promocional”, y como la jurisprudencia muestra, respecto de la dimensión o “contenido primario de libertad” de tales derechos, no respecto de su “dimensión prestacional”, que no obliga en principio al empresario<sup>1575</sup>. En concreto, respecto de la igualdad en el ámbito laboral, sostiene el TC que “para afirmar que una situación de desigualdad de hecho o imputable directamente a la norma tiene relevancia jurídica, es preciso que exista un principio jurídico del que derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados, y esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14), arrancar de la Ley o de una norma de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho (STC 59/1982, de 28 de julio). Ahora bien, en el ámbito que nos ocupa, la legislación laboral [arts. 4.2 c) y 17 LET] ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral”<sup>1576</sup>.

**F.- La técnica de aplicación del principio de proporcionalidad: el deber de hacer un examen de proporcionalidad y de exteriorizarlo; aplicación escalonada; subprincipios de idoneidad, intervención mínima y ponderabilidad**

**A') La técnica de aplicación explícita del principio de proporcionalidad**

Como hemos ya visto, el TC reconoció ya tempranamente el principio de proporcionalidad como canon limitador de cualquier restricción a los derechos fundamentales y sólo a partir de la STC 66/1995 se va a dar a dicho principio una estructura precisa en tres escalones (idoneidad o adecuación, necesidad o intervención mínima, y proporcionalidad en sentido estricto, ponderabilidad o equilibrio ponderado). Pero ello no significa, a nuestro juicio, que se halla producido una novación del principio de proporcionalidad a partir de dicha sentencia<sup>1577</sup>. A partir de la misma, se ha hecho explícita la estructura tripartita del principio de proporcionalidad, depurando así su aplicación técnica. Pero no puede tampoco minusvalorarse la importancia de que dicha estructura se haga explícita, como culminación, por ahora, de un dilatado período de progresiva aplicación cada vez más precisa del principio de proporcionalidad. Ello

---

<sup>1575</sup> Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 702.

<sup>1576</sup> STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5º.

<sup>1577</sup> Una sentencia poco anterior a la STC 66/1995, la STC 57/1994, de 28 de febrero, es un buen ejemplo de la aplicación del principio de proporcionalidad antes de la sentencia citada en primer lugar.

supone introducir una técnica concreta y precisa, muy desarrollada dogmática y jurisprudencialmente en otros ordenamientos, que estructure el proceso de examen de la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales y, con ello, introduzca una mayor claridad en dicho proceso, así como parámetros concretos desde los que criticar el enjuiciamiento del propio TC y también un método preciso para que los jueces y tribunales puedan también examinar los problemas en materia de derechos fundamentales, pero no sólo un método formal, que no es poco, sino un método con un determinado contenido material, esto es, que expresa exigencias de carácter sustantivo, y un método que será más exacto a medida que esta técnica vaya adquiriendo contornos más precisos en la jurisprudencia constitucional. En definitiva, esta técnica, como cualquier técnica jurídica, no es ninguna solución mágica ni desde luego sirve para hacer indiscutible un enjuiciamiento constitucional, pero sí es, y no es poco, un sistema preciso que facilita la aplicación del Derecho, en este caso en materia de derechos fundamentales, hace más accesible y previsible al aplicador del Derecho la puesta en práctica del principio de proporcionalidad, dota de mayor congruencia a la interpretación de los derechos fundamentales y facilita el control intersubjetivo de la aplicación del principio de proporcionalidad, que no es la mera comunicación de un resultado sino un proceso preciso que ha de explicitarse de un modo sistemático.

Cuando la medida enjuiciada desde el canon de proporcionalidad no es una ley, de ella corresponderá conocer a los tribunales ordinarios, pues "en principio, la ponderación de los derechos fundamentales en juego es, en esencia, una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3 CE)". Y es que si bien esta potestad comprende "la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto, incluso en su dimensión temporal, la interpretación y la subsunción en ella de los hechos, la determinación de estos a través de la actividad probatoria, con la admisión y pertinencia de los medios propuestos y la libre valoración del acervo obtenido mediante los efectivamente utilizados", y el TC en principio no puede revisar las conclusiones obtenidas en la vía judicial desde el plano de la legalidad, ello se exceptúa para el caso de que resulten afectados con ello derechos fundamentales, en cuyo caso tal operación hermenéutica adquiere relevancia constitucional en amparo<sup>1578</sup>.

Pues bien, cuando un asunto reviste una dimensión constitucional bien porque se produce la colisión de dos o más derechos fundamentales, bien porque se pone en tela de juicio uno cualquiera de ellos, "resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión 'como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva' del uno o del 'otro

---

1578 STC 151/1999, de 14 de septiembre, FJ 1º y jurisprudencia citada.

derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle' (STC 171/1990). De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 LOTC)<sup>1579</sup>. Por todo ello, y dado que ha de ser en un momento posterior cuando habrá, en su caso, que examinar si la medida de que se trate es conforme a la Constitución y respeta el principio de proporcionalidad, en el momento de adoptar la medida han de explicitarse ya los elementos fundamentales para poder llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, determinando su ausencia o falta de expresión que la injerencia no pueda tampoco considerarse justificada. Así pues, toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar debidamente fundamentada, de forma que las razones fácticas y jurídicas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado, ya que sólo a través de la expresión de las mismas se preserva el derecho de defensa y puede hacerse, siquiera sea *a posteriori*, el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a que obedece<sup>1580</sup>. Y "en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, al TC tan sólo le corresponde supervisar la existencia de una fundamentación suficiente, entendiendo por tal aquella que, al adoptar y mantener cualquier medida que afecte a su contenido, permita reconocer la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y ponderar si la decisión adoptada es acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la medida de que se trate"<sup>1581</sup>. Sin perjuicio de todo lo anterior, es también importante señalar que la exigencia de que en la resolución judicial se contengan los elementos componentes del juicio de proporcionalidad ha resultado doblemente modulada por el TC: a) de un lado, el TC considera suficiente, en su caso, la motivación por remisión a la solicitud de la autoridad gubernativa, pues la misma "no resulta contraria a las exigencias constitucionales de motivación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales"<sup>1582</sup>; y de otro lado, b) según la jurisprudencia constitucional

---

1579 STC 151/1999, de 14 de septiembre, FJ 1º.

1580 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7º; también SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8º y 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3º.

1581 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7º.

1582 STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º c); también SSTC 123/1997, de 1 de julio, FJ 5º; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4º; 49/1999, de 5 de abril, FJ 10º; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7º; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6º; y 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7º. No obstante, el TC, aun admitiendo en principio la utilización en las resoluciones judiciales de formularios estereotipados (pues lo decisivo es que tengan la motivación constitucionalmente exigida, siquiera por remisión a la solicitud policial), rechaza un Auto en que el juez se limite a cubrir, en el formulario correspondiente, el origen de la petición de mandamiento y los datos que la concreción de la medida exija sin entrar mínimamente en la fundamentación o

no puede exigirse la explicitación de lo que por sabido resulta innecesario, de manera que pueden tenerse en cuenta, además de los datos explícitos, "los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto"<sup>1583</sup>. Además, por último, esta exigencia parece debilitarse cuando la medida adoptada responde a una finalidad que ha sido ya ponderada por el legislador al admitirla y regularla expresamente para supuestos concretos<sup>1584</sup>.

Pero la proporcionalidad, a juicio del TC, no implica sólo que una medida restrictiva únicamente pueda ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento, sino también que la ejecución de la misma debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a cualesquiera otras condiciones impuestas en la resolución; y, en tercer lugar, la medida debe ser verificada bajo control judicial cuando tiene una duración dilatada en el tiempo, como la intervención de las comunicaciones<sup>1585</sup>.

## **B') La técnica de aplicación escalonada del principio de proporcionalidad**

Si el principio que nos ocupa tiene una estructura tripartita, cabría pensar que el orden del enjuiciamiento es indiferente y de lo que se trataría sería de que la medida enjuiciada supere los tres tests de idoneidad, necesidad y ponderabilidad o proporcionalidad estricta, sin que hubiese de observarse ningún orden prefijado en el examen. Pero no es así. Una característica fundamental que contribuye a dar al principio de

motivación de la misma (SSTC 139/1999, de 22 de julio, FJ 2º y 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 7º).

1583 SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FFJJ 4º y 5º; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º c).

1584 Así puede quizás deducirse de STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º c), donde se considera que los riesgos para la investigación que, en general, pueden resultar del conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta han sido "previamente ponderados por el legislador para admitir la incomunicación" para la concreta hipótesis de que la detención se produzca "por la presunta conexión del sujeto con los delitos de terrorismo, puesto que nuestra legislación sólo admite expresamente la incomunicación de detenidos por delitos de terrorismo". Y añade el Tribunal: "En consecuencia, tampoco resulta constitucionalmente exigible un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la incomunicación para alcanzar la finalidad que la legítima, ya que ésta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas", si bien se aclara también: "Por último, no puede obviarse que, de la lectura de los autos deriva que, en el caso concreto, la necesidad de la medida viene avalada por la propia complejidad de la investigación, el número de personas detenidas en el curso de la misma y porque, en el momento de autorizarse la incomunicación del recurrente, la investigación no había aún concluido".

1585 STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2º.

proporcionalidad un sentido técnico preciso es justamente la que viene dada por su carácter escalonado. Debe, en primer lugar, examinarse si una medida persigue un fin constitucionalmente legítimo y *sólo cuando así sea*, se analiza, en segundo término, si la medida constituye un medio adecuado para lograr tal fin. Sólo cuando este primer juicio acerca de la adecuación del medio al fin sea positivo, podrá analizarse si la medida adecuada podría sustituirse o no por otra medida igualmente eficaz pero menos restrictiva de derechos fundamentales. Sólo en caso de que este segundo juicio concluya negativamente, y la medida sea por ello "necesaria", habrá que llevar a cabo una ponderación por medio de la cual se sopesen, en términos de Derecho Constitucional, las ventajas e inconvenientes de la aceptación, o no, de la intervención en el derecho para la libertad de las personas afectadas en sus derechos fundamentales y para el bien o interés público contrapuesto que justificaría la restricción. Si en cualquiera de estos escalones se considera que la medida de que se trate no supera el test correspondiente, podrá detenerse ya el examen y rechazar por inconstitucional la medida. Dicho de otro modo, si la medida persigue un fin sin relevancia constitucional, la medida es ya inconstitucional. Si no es así, pero la medida es inadecuada para lograr tal fin, también será inconstitucional y no será preciso proseguir con el examen de la proporcionalidad. Si persigue un fin constitucionalmente legítimo y es adecuada, pero no es necesaria, también será constitucionalmente inadmisibles, pudiendo detenerse entonces el examen de la proporcionalidad, y también será inconstitucional, por último, si persigue un fin constitucional, es adecuada y necesaria, pero no es proporcional en sentido estricto.

Se discute si el juicio de necesidad concluido negativamente excluye ya el de proporcionalidad estricta (ponderación) porque toda medida innecesaria es también, en todo caso, desproporcionada en sentido estricto, como defiende Medina Guerrero<sup>1586</sup> o, por el contrario, como sostiene Rodríguez de Santiago<sup>1587</sup>, no tiene por qué serlo imperativamente, sino que una medida innecesaria puede ser, sin embargo, ponderada o proporcionada en sentido estricto. Habría que decir que ello es indiferente en términos prácticos porque si la medida es innecesaria ya no hay que plantearse su proporcionalidad en sentido

---

1586 Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa...*, cit., p. 136.

1587 José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes...*, cit., pp. 108-109, quien, siguiendo a Stoher, pone como ejemplo hipotético la obligación que la Administración impone a una industria de construir una chimenea de expulsión de gases de 50 metros de altura, para evitar los graves perjuicios que aquéllos causan en el medio ambiente y en la calidad de vida de los habitantes de una población cercana. Se respeta el principio de proporcionalidad estricta pues los perjuicios a la empresa se justifican por el bien público que se obtiene, pero si el empresario logra demostrar que el mismo puede también obtenerse con una chimenea de 25 metros, la medida no es ya necesaria, aunque sí sea ponderada. Por nuestra parte, no discutimos la existencia de este tipo de hipótesis, sino que simplemente afirmamos que ello es irrelevante, pues basta con que la medida no sea "necesaria" para estimarla desproporcionada e inconstitucional sin más trámites y sin necesidad de proseguir su enjuiciamiento.

estricto, dado el carácter escalonado del principio de proporcionalidad. No obstante, no puede descartarse que, en ocasiones, ese carácter escalonado no se respete o, simplemente, se pase al siguiente escalón de examen como argumentación *ad abundantiam* de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida. Desde un punto de vista exclusivamente dogmático, cualquiera de las dos prácticas es rechazable no sólo por ignorar una característica técnica fundamental del principio de proporcionalidad, cual es su aplicación por niveles o escalones, sino también por desconocer la razón profunda de ser de ese examen escalonado, que es justamente la de entender que una medida que no persigue un fin constitucional ya no tiene la oportunidad de ser considerada "adecuada" en términos constitucionales; que una medida que, persiguiendo un fin constitucional, es inadecuada ya no tiene la oportunidad, por así decirlo, del juicio parcial de la necesidad; y que una medida que sea necesaria ya no tiene siquiera la oportunidad de ser considerada proporcionada en sentido estricto. Esta configuración tripartita escalonada del principio de proporcionalidad pretende presentarse como un método que permita adquirir a un concepto jurídico tan indeterminado como el de proporcionalidad un sentido técnico preciso y determinado, y también previsible, basándose para ello en un sistema de precisión sucesiva o por escalones de su contenido y exigencias con relación al derecho fundamental concreto y al caso particular de que se trate. Si se prescinde de su carácter escalonado se le hará perder toda o gran parte de su virtualidad. Y si no se prescinde de ese carácter escalonado, pero se considera que una medida innecesaria puede ser proporcionada, lo que no se comprende muy bien es cuál es la razón que puede encontrarse para ese escalonamiento del enjuiciamiento ni tampoco qué interés práctico puede tener separar contenidos diversos del principio de proporcionalidad.

El propio TC parece, en ciertos casos, no aplicar escalonadamente el principio de proporcionalidad. Así, en el caso de un preso al que se ordena desnudarse y hacer unas flexiones después de una comunicación íntima, sostiene el TC que, en el caso concreto, "ni la medida se encuentra justificada específicamente en atención a la conducta previa del interno o a las condiciones del Centro, ni tampoco se advierte que fuese llevada a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación de aquel derecho esencial" (a la intimidad)<sup>1588</sup>. Con ello, el TC analiza en rigor no sólo la adecuación de la medida, sino también su necesidad, cuando una aplicación escalonada rigurosa haría innecesario el análisis de la necesidad una vez constatado que la medida era inidónea por no adoptarse en función de la conducta previa del interno o las condiciones del centro u otras circunstancias, sino genérica o arbitrariamente. En otros casos, pese a que el TC parece considerar que una determinada finalidad no es legítima, pasa a examinar su proporcionalidad, cuando la mera constatación de que una finalidad no es legítima constitucionalmente, ya de entrada, para limitar un derecho fundamental debería eximir al TC de todo examen de su proporcionalidad,

---

1588 STC 204/2000, de 24 de julio, FJ 4º.

que no es una propiedad en el vacío sino siempre respecto de una finalidad constitucional determinada, que presupone<sup>1589</sup>.

Estos y otros supuestos de utilización no escalonada del principio responden, de una parte, a la falta de definición suficiente del método de examen en la jurisprudencia constitucional y, de otro lado, a un esfuerzo argumentativo-persuasivo por parte del TC. Y si bien esta utilización deficiente en cuanto al carácter escalonado del principio es quizás explicable en tanto el principio no tenga un desarrollo técnico más preciso en la jurisprudencia y en tanto, asimismo, no sea bien conocido en la doctrina y por parte de la jurisprudencia ordinaria, pues la jurisprudencia, y especialmente la constitucional, cumple también una cierta función didáctica, por otro lado es obligado *en sede doctrinal* señalar estas aplicaciones contrarias al carácter de suyo escalonado del método de examen de la proporcionalidad de las medidas, que el TC debería enfatizar.

### **C') Finalidad constitucional de la medida como presupuesto de la aplicación del principio**

La finalidad de la medida ha de ser siempre, en primer lugar, un derecho o bien constitucional o de relevancia constitucional<sup>1590</sup>, y ha de

---

1589 Así, en la STC 141/1988, respecto de la ineficacia por disposición legal de los actos jurídicos respecto de los cuales no se justificara el abono de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados antes los tribunales y oficinas judiciales, el TC estima que tal limitación no "está en función de la propia realidad o finalidad del proceso, o en conexión con las relaciones jurídicas sustantivas que constituyen el objeto del mismo o con la seguridad del tráfico" y de ello parece deducirse su inconstitucionalidad. Sin embargo, a renglón seguido, lleva a cabo el TC un examen adicional de la proporcionalidad de la medida que, como argumento *ad abundantiam*, confirma la inconstitucionalidad de la medida, examen este último que, si el fin no era constitucionalmente legítimo, era superfluo. STC 141/1988, de 12 de julio, FJ 7º: "Las características específicas que concurren en el caso que nos ocupa llevan a concluir que la limitación que el art. 57.1 del Texto Refundido impone a la eficacia de los documentos ante los Tribunales es contraria al art. 24.1 CE. Por una parte, a diferencia de lo que sucede en los antedichos supuestos, las limitaciones derivadas del precepto cuestionado no guardan relación alguna con el objeto y la finalidad del proceso [...] De otra parte, no basta, como pretende el Abogado del Estado, con que el fin perseguido sea constitucionalmente lícito. De la doctrina de este Tribunal cabe deducir que las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo han de responder a una finalidad constitucionalmente legítima, sino que han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo pretendido y no han de afectar al contenido esencial del derecho [ ] Pues bien, en el caso considerado existe, sin duda, una falta de proporcionalidad entre el objetivo que se persigue -la recaudación del impuesto- y el modo en que se opera [...]"

1590 Ello es una regla generalmente admitida en nuestra doctrina, si bien recientemente ha sido criticado por Jiménez Campo, por entender que con ello el TC "confunde el deber que pesa sobre el legislador en orden a realizar la Constitución en su conjunto —deber incuestionable— con la cuestión del fin o causa de la legislación", lo que en teoría conlleva constreñir "la autonomía de fines del legislador", reducir la legislación a exégesis de la Constitución, y sustituir a la política por el Derecho, pero



tratarse de una finalidad lo más concreta posible, de forma que, incluso cuando en su formulación sea más o menos genérica, habrá de revelarse como constitucionalmente legítima para el caso concreto de que se trate. El TC ha rechazado, en particular, la opinión sostenida por el Ministerio Fiscal en el sentido de que "el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior", por la sencilla razón de que "una afirmación como la anterior realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores de ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el art. 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social, que, en general, será de rango superior por serlo y únicamente menciona de modo expreso la persecución de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho, aunque esta norma sea susceptible de desarrollos diferentes"<sup>1591</sup>.

Con todo, al TC se le ha criticado en su propio seno, en ocasiones, la utilización como finalidad legítima para restringir derechos fundamentales a bienes demasiado indeterminados o de impreciso anclaje constitucional y así, en la sentencia sobre la constitucionalidad de la imposición de Letrado de oficio, con prohibición de elegir Letrado de confianza, a los detenidos incomunicados, frente a la alegación por la mayoría de que la finalidad legítima para ello residiría en la "defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana" de la que serían pieza esencial "la persecución y castigo de los delitos" (finalidad indirecta o mediata), así como en la necesidad de aislar al detenido de relaciones personales que puedan ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la

---

ello sólo en teoría porque un análisis de la jurisprudencia constitucional pone de relieve que, pese al criterio general formulado, lo cierto es que "se admiten con toda frecuencia fines simplemente conformes a la Constitución —no emanados de ella— para delimitar los derechos ("razones de interés público", por ejemplo: STC 169/1983, FJ 3º), por más que, en ocasiones, a tales fines legales se les busque —no es complicado— un decoroso entronque, más o menos remoto, en la propia Constitución o en normas a las que ella remite (STC 22/1981, FJ 9º, por ejemplo)". Una concepción tal, a juicio de este autor, "no sólo estrecha indebidamente el horizonte legítimo de la legislación", sino que también "se presta, con efecto inverso, a una intolerable reducción o supresión de derechos fundamentales" (limitación en sentido estricto, según los conceptos de limitación y delimitación de este autor a que ya nos hemos referido en un momento anterior) y ello "so pretexto de realizar y proteger otros bienes constitucionales". Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 74 ss.

<sup>1591</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3º.

investigación en perjuicio del éxito de ésta, tres magistrados sostienen en un voto particular a la sentencia que no resultan "adecuados al caso los genéricos valores o bienes constitucionales -paz social, seguridad pública, persecución de los delitos- que se invocan para justificar la legitimidad de la norma legal cuestionada, por grande que sea la importancia de tales bienes o valores, pues en sí mismos podrían servir para justificar cualesquiera limitaciones imaginables de los derechos fundamentales: una medida limitativa del derecho a la asistencia de Abogado como la presente, que afecta a todos los detenidos incomunicados, exigiría una mayor precisión de su encaje o habilitación constitucional".

Desde una perspectiva distinta, Jiménez Campo considera que un examen mínimamente detallado de la jurisprudencia constitucional muestra que, pese a la formulación general de que sólo otros derechos o bienes constitucionales están en condiciones de restringir derechos fundamentales, luego en la práctica el TC admite con toda frecuencia fines simplemente conformes a la Constitución y no emanados de ella, lo que este autor considera acertado, aunque no congruente con la doctrina general del TC, pues de otro modo se estaría confundiendo la necesidad de que el legislador atienda al sistema general de la Constitución, con una exigencia de que sólo puedan limitarse los derechos en atención a fines constitucionales, no compartiendo esta última tesis este autor por cuanto "la Constitución no es un programa" y por ello, el legislador puede perseguir cualquier fin legítimo y compatible con el contenido del derecho delimitado<sup>1592</sup>, opinión que no podemos compartir.

Precisamente porque los derechos fundamentales ocupan un lugar central en nuestro sistema constitucional, es lógico permitir al legislador extender su ámbito de vigencia sin límites en principio y, en cambio, si se pretende restringir ese contenido, exigirle que lo haga, no por cualquier razón de oportunidad o en atención a cualquier vago interés público, sino en atención a intereses concretos y determinados que representen bienes protegidos por la Constitución o, incluso, derechos constitucionales o fundamentales. La Constitución consagra los derechos fundamentales; autoriza también, es cierto, al legislador a limitar los derechos fundamentales, pero para ello sólo podrá tomar en cuenta valores, bienes y derechos con protección en la propia Constitución, pues, ya que la Constitución es la norma que garantiza tales derechos, es lógico que sean también sólo los intereses por ella protegidos los que puedan ser hábiles para limitar derechos fundamentales. Si los derechos fundamentales tienen rango constitucional, han de ser no sólo los intereses y bienes que tengan también tal rango los que estén en posición de limitarlos. Es cierto que el TC ha podido tener en ocasiones un criterio muy lato o no ha sabido ser lo suficientemente preciso en la determinación exacta del bien constitucional que limita un derecho fundamental, y es también cierto que son muchos los bienes y derechos constitucionales, pero, justamente por ello mismo, no hay riesgo serio de

---

1592 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 75.

sustitución de la Política por el Derecho, como dice Jiménez Campo, por el hecho de que al legislador se le exija, para limitar un derecho fundamental, que tal restricción tenga como finalidad la protección de uno de aquéllos. La Política no pierde gran cosa y el Derecho y la protección de la libertad ganan mucho en seguridad, pues se delimitan los intereses públicos o privados que pueden legitimar una intervención en un derecho fundamental, que son aquellos que tengan un anclaje constitucional, al mismo tiempo que se evita la incongruencia de admitir que la CE garantiza unos derechos que después pueden encontrar sus límites en normas de rango inferior. Es cierto que los bienes de rango constitucional son muchos y muy variados, y por ello mismo es amplio el campo, en principio<sup>1593</sup>, abierto al legislador para restringir los derechos fundamentales desde sus particulares concepciones políticas y las distintas circunstancias de todo tipo de cada momento histórico, pero al mismo tiempo los bienes de rango constitucional, aun siendo generosos en su catalogación, son limitados, por lo que se excluyen ya de entrada muchos intereses públicos, y más todavía privados, como posible límite a los derechos fundamentales, de manera que si una medida restrictiva de un derecho fundamental pretende proteger uno de esos intereses o bienes sin rango constitucional no tendrá siquiera la oportunidad de la proporcionalidad, pues será inconstitucional sin más. No es preciso subrayar lo que gana con ello la libertad de los ciudadanos y lo poco que pierde la política, al menos la política propia de un Estado material de Derecho, tan lejana de la añeja y superada "razón de Estado" que todo lo justificaba en pos de intereses transpersonales.

Pues bien, como acabamos de decir, los bienes constitucionales que pueden limitar un derecho fundamental son muy variados y es seguro que aún recogiendo todos los enunciados en la jurisprudencia constitucional no agoraríamos todas las posibilidades, lo que no es ningún defecto pues, por un lado, pone de relieve el amplio espectro de posibilidades que tiene de entrada el legislador, y por otro lado, el que un bien o interés constitucional pueda por su rango se hábil para restringir un derecho fundamental no dice nada todavía sobre si la concreta restricción mantiene una relación adecuada de proporcionalidad al logro de ese fin (adecuación, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto) ni menos todavía sobre el respeto a otros "límites de los límites" a los derechos fundamentales como la reserva de ley o el contenido esencial. Sea como sea, de la jurisprudencia constitucional pueden entresacarse como ejemplos de estos bienes constitucionales, y dejando ahora aparte los supuestos de colisión de derechos fundamentales, la independencia judicial<sup>1594</sup>, la seguridad y orden en las prisiones<sup>1595</sup>, la represión del delito es un fin constitucionalmente legítimo para justificar el

---

1593 Decimos "en principio" porque se trata sólo de un primer control del principio de proporcionalidad, que es, a su vez, uno de los requisitos de legitimidad constitucional de una restricción a un derecho fundamental.

1594 STC 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5º.

1595 SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 35/1996, de 11 de marzo.

secreto (externo) del sumario (limitación al derecho a un proceso público)<sup>1596</sup>, la lucha contra el terrorismo<sup>1597</sup>, la memoria de una persona fallecida<sup>1598</sup>, etc. Por poner algún ejemplo más detallado de cómo opera el TC para considerar a uno de estos bienes como constitucionalmente aptos para actuar como fines legitimadores de una restricción a un derecho fundamental concreto, nos referimos a algunos casos enjuiciados por el TC:

-La STC 141/1988, de 12 de julio, estimó que los requisitos procesales que el legislador establezca limitando el derecho de acceso a la jurisdicción han de estar en conexión con la propia realidad o finalidad del proceso, con las relaciones jurídicas sustantivas que constituyen el objeto del mismo o con la seguridad del tráfico, sin que otros fines, aunque sean legítimos, puedan ser admitidos, por lo que se pudo estimar que la inadmisión y falta de eficacia ante la Administración de Justicia de los documentos que contuvieran contratos o actos sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, respecto a los que no se justificara su pago, exención o no sujeción a efectos tributarios, vulneraba el art. 24 CE, y concretamente los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa<sup>1599</sup>, por más que la constatación de que el fin no era constitucionalmente legítimo debió haber eximido al TC de todo control de la proporcionalidad, examen que sin embargo el TC lleva a cabo como criterio meramente *ad abundantiam*.

-Sobre la legitimidad de la orden dada a un preso de desnudarse y hacer flexiones tras una comunicación íntima, dice el TC que, "para apreciar si la actuación administrativa en el presente caso vulneró o no el derecho a la intimidad corporal del demandante de amparo, no es suficiente hacer vales un interés general, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 CE), pues bien se comprende, como se ha dicho en la STC 37/1989, FJ 7º, que 'si bastara sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia.

-Respecto de la incomunicación, judicialmente acordada, de una persona detenida, el TC ha señalado que la limitación de los derechos constitucionales que tal medida conlleva persigue un fin constitucionalmente lícito, como es en general "la protección de los

1596 STC 13/1985, de 31 de enero. El secreto interno afectaría sólo al derecho de defensa.

1597 SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4º y 136/1999, de 20 de julio, FJ

1598 STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 1º, respecto de la libertad de información y como establece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo en el marco de lo que el art. 20.4 permite (intimidad familiar).

1599 STC 141/1988, de 12 de julio, FJ 7º: la norma introducía una "quiebra evidente entre el mundo sustantivo y el procesal, pues, mientras que no se niega validez al documento en el mundo de las relaciones sustantivas ajenas al proceso, se impide en la práctica el ejercicio de la correspondiente acción". Véase Nicolás González-Cuellar Serrano, "El principio de...", cit., pp. 196-197.

bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE, cuales son la paz social y la seguridad ciudadana, en cuya defensa constituyen pieza esencial la persecución y castigo de los delitos”, siendo más concretamente su “finalidad legítima” la de conjurar los peligros de que “el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado y o se destruyan” u oculten pruebas de comisión”. Y por otro lado, la “necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede ‘hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto’”<sup>1600</sup>.

-En cuanto a la medida cautelar de prisión provisional en el proceso penal, el TC, siguiendo de cerca la doctrina del TEDH, ha considerado como fines legítimos evitar el riesgo de fuga, la reiteración delictiva y el peligro de destrucción de pruebas, por lo que, señala el TC, “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena (STC 41/82), o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados”<sup>1601</sup>, o sobre la base de una genérica alarma social.

-Respecto de las autorizaciones judiciales de intervención de las comunicaciones o de entrada y registro del domicilio, es “la averiguación del delito” la finalidad más frecuentemente utilizada y admitida, si bien ha de tratarse de un delito grave<sup>1602</sup>: “para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves”<sup>1603</sup>, como, por ejemplo, el tráfico de drogas. Es irrelevante para estimar lesionado el derecho fundamental intervenido que inicialmente se califiquen los hechos investigados de un modo (contrabando) y luego resulten definitivamente calificados de otro (tráfico de drogas), pues lo decisivo es que “los hechos investigados puedan ser constitutivos de un delito grave, con independencia de cuál sea la calificación jurídica que merezcan”, sobre todo si la calificación inicial, que es a la que hay que atender<sup>1604</sup>, no resulta en el caso irracional<sup>1605</sup>. Pero el TC se ha mostrado recientemente bastante flexible a la hora de calificar qué se entiende por delito grave y, así, considera que es un fin legítimo para acordar una intervención telefónica la intervención telefónica la investigación por un delito de hurto “en cantidad de especial y cualificada gravedad” (cien millones de pesetas) y continuado, para el que el

1600 STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º a), y jurisprudencia allí citada.

1601 STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3º. Nicolas González-Cuellar Serrano, “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, p. 196.

1602 SSTC 171/1999, de 27 de octubre, FFJJ 8.a y 10; 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º.

1603 STC 166/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 2º y 7º.

1604 STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8º.

1605 STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 9.a.

Ministerio Fiscal pedía una pena de tres años y seis meses de prisión menor, y la acusación particular seis años<sup>1606</sup>. Esta flexibilización de sus exigencias se muestra en que basta con “una relativa gravedad de la infracción perseguida o relevancia social del bien jurídico protegido”<sup>1607</sup>.

-Con relación al derecho a un proceso público, señala el TC que la admisión por el art. 120.1 CE “de excepciones a la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador”, sino que la limitación legal de la publicidad procesal ha de justificarse “en la protección de otro bien constitucionalmente relevante”, debiendo además existir una “congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor así garantizado”<sup>1608</sup>. Con relación a la unidad económica de la Nación derivada del art. 139.2 CE, el TC reconoce la necesidad de compatibilizarla con la necesaria diversidad jurídica que deriva de la autonomía constitucionalmente garantizada, para lo cual hay que buscar un equilibrio entre uno y otro principio, equilibrio que permite soluciones diversas siempre que la regulación corresponda a la Comunidad Autónoma y, por lo que ahora importa, “esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella prevista resultan adecuadas y justificadas por su fin”<sup>1609</sup>.

-En el caso de los controles para impedir que las comunicaciones íntimas de los presos puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes (en concreto, la orden de desnudarse y hacer flexiones o de someterse a sesiones de Rayos X) la finalidad perseguida es proteger y velar por el orden y seguridad de los establecimientos penitenciarios, así como, mediatamente, por la salud e integridad física de los internos<sup>1610</sup>.

-El “interés público de la prestación urgente del servicio” puede justificar diferencias de trato entre el personal vinculado a la Administración *de forma estable* y el que lo está sólo de manera provisional en tanto no se provean las plazas así cubiertas por funcionarios de carrera<sup>1611</sup>.

- Con relación a unas grabaciones de vídeo ordenadas por el empresario dentro de su empresa, se considera como legítima la finalidad, no de divulgar la conducta del trabajador afectado, sino de

1606 STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8º. El TC lo analiza, además, como una cuestión de proporcionalidad en sentido estricto, cunado, desde nuestro punto de vista, es una cuestión a examinar desde la perspectiva de la finalidad legítima para una medida de este tipo, que es la investigación de delitos graves y si el delito de hurto lo era o no debía analizarse en esta sede. Más claro, en cambio, en STC 122/2000, de 16 de mayo, FJ 3º.

1607 STC 122/2000, de 16 de mayo, FJ 3º, relativa a un delito de narcotráfico.

1608 STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 3º.

1609 STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6º.

1610 STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 8º; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2º; y 204/2000, de 24 de julio, FJ 4º.

1611 STC 203/2000, de 24 de julio, FJ 3º.

obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de existir razonables sospechas de graves irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de trasgresión a la buena fe contractual (irregularidades en el comportamiento de los cajeros en determinada sección del Economato y un acusado descuadre contable) a fin de adoptar las medidas disciplinarias que correspondiesen<sup>1612</sup>.

-En el caso de la penalización de la negativa a la realización de la prestación social sustitutoria, se considera como finalidad legítima tratar de asegurar el recto cumplimiento de la PSS –institución inspirada en la solidaridad social y que se dirige hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles, como el de garantizar a la sociedad una fuente de medios personales en caso de necesidad—, y también, bien que de forma indirecta, preservar la efectividad del deber constitucional de contribuir a la defensa de España, lo que resulta evidenciado por el carácter sustitutivo de la prestación cuya denegación sanciona la norma cuestionada y que constituye el contenido de una obligación para aquellos que han quedado exentos del servicio militar obligatorio por razones de conciencia<sup>1613</sup>.

-En el caso de la penalización del delito de colaboración con banda armada, se considera como legítima la finalidad de protección frente al terrorismo, que “constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático, por lo que ha de admitirse que cualquier acto de apoyo al mismo comporta una lesión, al menos potencial, para bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme entidad, a cuya defensa se dirige el tipo analizado. No puede negarse en abstracto la posibilidad de que el Estado limite mediante el establecimiento de sanciones penales el ejercicio de los derechos fundamentales para garantizar bienes tan relevantes como la vida, la seguridad de las personas o la paz social que son puestos en peligro por la actividad terrorista. Así lo admite el art. 10.2 del CEDH y así lo reconoce el TEDH en numerosas resoluciones (por todas, Sentencia de 25 de noviembre de 1997, §§49 y 50, caso Zana)”<sup>1614</sup>.

-Y por último, sin ningún ánimo exhaustivo, puede señalarse que el TC ha considerado fines constitucionalmente aptos para limitar derechos fundamentales también, frente a los derechos a la intimidad y a la integridad física, la declaración de paternidad como interés social y de orden público en la que está en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, la certeza de los pronunciamientos judiciales, el deber de colaborar con la justicia (art. 118 CE) y el deber de velar por los hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio<sup>1615</sup>, frente al derecho de

1612 STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7º.

1613 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7º.

1614 STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 27º.

1615 STC 7/1994, de 17 de enero, FFJJ 2º y 4º, respecto de la prueba biológica de

defensa, el interés de la justicia penal en la investigación de la verdad de los hechos<sup>1616</sup>; y frente al derecho al acceso a los recursos la seguridad jurídica, la economía procesal, la celeridad del procedimiento y la preservación de los derechos e intereses de las partes<sup>1617</sup>, etc.

#### **D') Subprincipio de idoneidad**

Este subprincipio exige, como González-Cuéllar señala, "hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación", no siendo necesaria una aptitud completa del medio para que pueda ser considerado idóneo o adecuado. Una medida es adecuada o idónea si con su ayuda la satisfacción del fin deseado se acerca o facilita, y no lo es si se aleja o dificulta o, simplemente, en los supuestos más claros, si la injerencia no despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin<sup>1618</sup>.

Debe distinguirse, según el citado autor, respecto concretamente a las medidas cautelares y de investigación a adoptar en el proceso penal, entre la adecuación objetiva y la subjetiva, así como la desviación de poder: 1º.- La primera ha de manifestarse tanto cuantitativa como cualitativamente. Las medidas han de ser, en primer lugar, cualitativamente idóneas o adecuadas, es decir, aptas por su propia naturaleza, pero también han de serlo cuantitativamente, pues una medida restrictiva de derechos fundamentales, cualitativamente adecuada, "puede ser intolerable en un Estado de Derecho si su duración e intensidad no son exigidas por la finalidad concreta que pretenda alcanzar, como por ejemplo, una prisión provisional que superase en su duración a la de la pena privativa de libertad prevista para el delito imputado al sospechoso, pero también en supuestos en que esa duración sea muy inferior; 2º.- En cuanto a la adecuación subjetiva, se refiere a la adecuación respecto de sus sujetos pasivos, por lo que es precisa la individualización de los mismos, pues los órganos instructores no pueden someter a un conjunto indeterminado de ciudadanos a medidas que afecten a sus derechos fundamentales, sino que habrán de concurrir determinadas circunstancias que constituyan la base para la realización de un pronóstico desde el que se prevea cierta probabilidad de éxito de las injerencias (sospechas de la participación del imputado en la comisión del hecho punible, en el caso de las medidas cautelares y de investigación, si bien en este último caso, si es un tercero el sujeto pasivo de la medida, se requiere la valoración de las circunstancias que indiquen cierta probabilidad de éxito de la investigación, debido a las posibilidades

---

paternidad.

1616 STC 176/1988, de 4 de octubre, FFJJ 4º y 5º.

1617 STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2º.

1618 Nicolás González-Cuéllar Serrano, "El principio de...", cit., pp. 199-200.



de incorporación a la causa de material fáctico relevante para la instrucción); 3º.- En lo que se refiere, en tercer lugar, a la prohibición de desviación de poder como integrante del subprincipio de adecuación, supone un control de la verdadera intención del órgano actuante que adopta la medida (Juez, Fiscal o Policía) e implica que dicho órgano no puede perseguir una finalidad distinta de la prevista por la ley amparándose precisamente en la habilitación que esta última ofrece, pues, en tal caso, el precepto que contuviera la habilitación legal sería utilizado como "norma de cobertura" para defraudar el derecho fundamental cuya limitación está legalmente preordenada a la satisfacción de fines legítimos previstos<sup>1619</sup>.

Entrando ya concretamente en la aplicación práctica que el TC ha hecho de este subprincipio o juicio de adecuación, podemos referirnos a algunas de sus manifestaciones más importantes en la jurisprudencia constitucional:

- En el caso del derecho al secreto de las comunicaciones, así como de incomunicación de los presos<sup>1620</sup>, el TC ha considerado como "*prius* lógico de la ponderación misma del carácter necesario, adecuado y proporcionado de la intervención telefónica solicitada"<sup>1621</sup>, esto es, como "*prius* lógico del juicio de proporcionalidad"<sup>1622</sup>, la existencia de una motivación suficiente en el Auto de autorización judicial acerca de las fundadas razones que permitirían entender que el órgano jurisdiccional ponderó los indicios sobre la existencia del delito y la relación del afectado con el mismo: "atendiendo al sujeto sobre el que recaen, sólo serán lícitas las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales que afecten a quienes fundadamente puedan provisionalmente ser tenidos como responsables del delito investigado o se hallen relacionados con ellos"<sup>1623</sup>. Aunque sin sostener expresamente que se trate de un "*prius* lógico" y dándole incluso un tratamiento *posterior* al juicio de proporcionalidad, también respecto de la autorización judicial para la entrada y registro de un domicilio<sup>1624</sup> parece concebir el TC dicha ponderación de la existencia de un delito y la relación con el mismo del acusado como un requisito autónomo del juicio de proporcionalidad. A nuestro modo de ver, sin embargo, no hay ni prioridad lógica ni tampoco siquiera autonomía respecto del principio de proporcionalidad, sino que el requisito en cuestión constituye una exigencia estricta del primer componente del susodicho principio (adecuación o idoneidad), pues una autorización judicial que no aprecie correctamente la existencia de indicios suficientes de la comisión de un delito por la persona afectada por la intervención autorizada no constituye, patentemente, una

---

1619 Nicolás González-Cuellar Serrano, "El principio de...", cit., pp. 199 ss.

1620 STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º a).

1621 STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8º.

1622 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º. Véase, también, STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7º.

1623 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º.

1624 STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10º.

medida "adecuada" o "idónea" para conseguir el fin pretendido (averiguación del delito). No deja de ser, por lo demás, una *contradictio in terminis* sostener, como hace el TC, que tal requisito es un *prius* lógico respecto del principio de proporcionalidad y, al mismo tiempo, sostener que se trata de un requisito que viene exigido por tal principio<sup>1625</sup>.

En cualquier caso, ese presupuesto habilitante, constitutivo a nuestro modo de ver de la idoneidad de la medida y *prius* lógico de ella según el TC, se manifiesta en las sospechas, que no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, meras suposiciones o conjeturas sino que "precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona"<sup>1626</sup>, han de fundarse en "datos fácticos o indicios", "buenas razones" o "fuertes presunciones"<sup>1627</sup>. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido. Podría decirse, utilizando la terminología de la LECrim en el momento de la entrada en vigor de la CE respecto de la diligencia de entrada y registro, que han de existir "indicios", es decir, algo más que meras sospechas; pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (art. 384 LECrim.); esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo. En otras palabras, el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos, o para despejar sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional<sup>1628</sup>.

- En el caso de las órdenes dadas a un preso de desnudarse y hacer flexiones tras haber mantenido una comunicación íntima, parece considerar el TC, además de que no se respetó el principio de intervención mínima, que la medida no es idónea en cuanto que no "está justificada específicamente en atención a la conducta previa del interno o a las condiciones del Centro" penitenciario<sup>1629</sup>.

---

1625 STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8º: "*La proporcionalidad de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la [...] existencia del presupuesto habilitante*" (cursiva nuestra).

1626 SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º y 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8º.

1627 SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º; y 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8º, por referencia a la STEDH de 15 de junio de 1992 (caso "Lüdi"), §38.

1628 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º.

1629 STC 204/2000, de 24 de julio, FJ 4º. En cambio, sí que lo estaba en el caso de un preso cuyo historial penitenciario acreditaba intentos de agresión, destrozo de celda, intentos de fuga y al que se le han ocupado en diversas ocasiones objetos prohibidos, incluso una sierra, que revelaban su peligrosidad: STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 4º.

- Más brevemente, podemos referirnos al caso de unas graves irregularidades detectadas en los cajeros en el seno de una empresa, en el que se considera como medida idónea para verificar si un determinado trabajador era el responsable de las mismas, la grabación videográfica dentro de la empresa encargada a unos investigadores privados<sup>1630</sup>; la tipificación penal del delito de colaboración con banda armada se considera como una medida idónea, o "instrumentalmente apta"<sup>1631</sup>, pues "con toda seguridad, puede contribuir a evitar la realización de actos de colaboración con una organización terrorista y cooperar así a la consecución de los fines inmediatos de la norma"<sup>1632</sup>; también lo es la penalización de la negativa a realizar la prestación social sustitutoria a fin de proteger este servicio social e, indirectamente, del deber constitucional de defensa *ex artículo 30 CE*<sup>1633</sup>. También se considera una medida "inadecuada y desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información" la creación y actualización, sin consentimiento expreso de los afectados, de un fichero por parte de una entidad crediticia que consiste en una relación de partes de baja, y que tiene por finalidad, como de su propia denominación se colige ("absentismo con baja médica"), no la preservación de la salud de los trabajadores, sino el control del absentismo laboral<sup>1634</sup>.

---

En el caso de la STC 57/1994, de 28 de febrero, en cambio, no se acreditó, ni siquiera alegó, la existencia de una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro, ni tampoco que el afectado tuviera un comportamiento del que se desprendiera la fundada sospecha o existencia de indicios serios de que el recluso tratase de introducir objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro, o la integridad física o la salud de los internos (FJ 6º).

1630 STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7º.

1631 STC 136/2000, de 20 de julio, FJ 23º.

1632 STC 136/2000, de 20 de julio, FJ 27º.

1633 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º.

1634 STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 4º, sentencia que resulta poco afortunada no sólo por su argumentación, que brilla por su ausencia en los puntos sustanciales, sino también por la aplicación, cuando menos confusa, del principio de proporcionalidad. En efecto, se afirma que la medida es "inadecuada y desproporcionada" sin mayores argumentos, pero luego, de manera harto confusa, se afirma que la medida "no reviste la consideración de solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin, en este caso, el control del absentismo laboral", con lo que no se diferencia en absoluto entre los tres niveles escalonados de examen del principio de proporcionalidad, a los que se da un tratamiento en bloque y sin argumentación de ningún tipo, aparte, por lo demás, de que no se controla explícitamente la legitimidad constitucional del fin mismo. Pero es que además la justificación, puramente "pro forma" y que no entra en el fondo del asunto, no viene sino a introducir mayor oscuridad: la solución no es "idónea, necesaria y proporcionada" "pues no se trata de medida de suyo ponderada y equilibrada, ya que de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad". Es claro que se trata de una argumentación puramente formal y patentemente insuficiente y una argumentación que, además, justificaría porque la medida no es "proporcionada en sentido estricto", según el tercer nivel de examen, pero no porque no es idónea ni necesaria. El tratamiento conjunto de los tres niveles de examen es insuficiente pues si la medida no es idónea, ya no hay que entrar a analizar si es necesaria y si no es necesaria, no hay que

### **E') Subprincipio de necesidad, imprescindibilidad o intervención mínima**

El subprincipio de necesidad o intervención mínima conlleva la exigencia de que cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental, para poder ser reputada legítima desde la perspectiva constitucional, ha de superar un test o prueba del siguiente tenor: no ha de existir otra medida alternativa a la enjuiciada que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad pretendida y además sea menos restrictiva del derecho o derechos fundamentales afectados, pues sí existiese una alternativa igual de eficaz pero menos gravosa en términos de derechos fundamentales, la sola existencia de esta otra medida alternativa conllevaría la inconstitucionalidad de la medida sujeta a examen.

Con relación concretamente a las medidas de investigación y cautelares en el proceso penal, González-Cuéllar, tras lamentarse de la falta de medidas alternativas menos gravosas en todas las hipótesis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala que ello no obsta a defender "en España la posibilidad de que los jueces apliquen medidas alternativas a las legalmente previstas" siempre que se observen tres condiciones: a) idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa, pues si tal condición no se diese, la sustitución no tendría el respaldo constitucional que se deriva del subprincipio estudiado; b) cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restrinja; c) existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación<sup>1635</sup>. Sin embargo, pese al esfuerzo constructivo del autor, hay un elemento que falla en toda su construcción y que se erige en obstáculo insalvable, impidiendo admitir su tesis: la falta de previsión legal de tales medidas, algo que no puede en modo alguno superarse a través de la interpretación de que, al permitir la ley lo más (la medida restrictiva respecto de la que hay otra medida alternativa menos gravosa), permitiría también lo menos (esta medida alternativa que la ley no prevé expresamente). Con ello, en realidad se estaría prescindiendo de la reserva de ley, pura y simplemente o se admitiría que tal reserva se cubriría a través de regulaciones implícitas en el más amplio sentido de la expresión, y ello no resulta admisible ni siquiera, como dice el autor, "en interés del ciudadano", pues las medidas acordadas libremente por los jueces, so pretexto del interés del ciudadano, no son admisibles en un Estado de Derecho y retrotraerían a épocas medievales de arbitrio judicial puro y duro. En definitiva, a nuestro juicio, la medida legal restrictiva del derecho fundamental puede tener

---

examinar su estricta proporcionalidad o equilibrio. Si, en este caso, se consideraba inidónea, había que justificarlo y prescindir del examen de su necesidad y ponderabilidad. En la solución que da la sentencia, late una profunda incomprensión de lo que el principio de proporcionalidad, en su triple composición estructural reconocida desde la STC 66/1995 de la Sala 2ª y la STC 55/1996 del Pleno, significa como técnica rigurosa de examen.

1635 Nicolás González-Cuéllar Serrano, "El principio de...", cit., pp. 206 ss.

otras alternativas menos restrictivas del derecho afectado y, si también tales medidas están previstas en la ley, habrá de adoptarse la que, siendo igualmente eficaz, sea menos gravosa para el ciudadano afectado; pero si las posibles medidas alternativas igualmente eficaces no están previstas en la ley, y a salvo —a nuestro modo de ver— las hipótesis en que la “intervención” sea consentida, la medida enjuiciada y adoptada será inconstitucional, y habrá de ser el legislador el que repare dicha inconstitucionalidad. Esa es la solución que impone tanto el principio de reserva de ley en un Estado democrático (y no ninguna formalidad o formulismo enervante, sino la garantía material profunda que tal principio encierra), como, por otro lado, también el “interés del ciudadano” perjudicado, pues la medida adoptada será inconstitucional y ésa, no la adopción de otra medida menos gravosa sin base en la ley, es la mejor protección del ciudadano afectado. Cuestión distinta es la necesidad de que el legislador procesal penal, adaptándose a las nuevas exigencias dimanantes del principio constitucional de proporcionalidad, regule, en la medida de lo posible, medidas alternativas en cada caso (incluidos los supuestos de consentimiento por los afectados) y los presupuestos para su adopción (regulación legislativa de la “necesidad” de la intervención), sin perjuicio del indispensable margen de apreciación del juez para elegir en cada caso la medida más apropiada y menos restrictiva de derechos fundamentales (apreciación judicial de la necesidad concreta de la intervención). Con ello, se protegerán más y mejor los derechos fundamentales, la aplicación de las medidas será más controlable y el principio de proporcionalidad ganará en certeza y previsibilidad en este campo.

Pasando ya a referirnos a la jurisprudencia constitucional más relevante sobre este juicio de necesidad o intervención mínima, los supuestos más significativos serían los siguientes<sup>1636</sup>:

---

1636 No obstante, hay casos en que el TC ha rechazado la aplicación del principio de necesidad, pero ello ha ocurrido, en cualquier caso, con anterioridad a la asunción de la metodología trifásica del mismo en 1995. Sobre ello, véase Manuel Medina Guerrero, “El principio de...”, cit., p. 125. Así, la STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8º, respecto de la constitucionalidad del arresto sustitutorio en caso de impago de multa, señala el TC: “Es cierto que frente a los casos de insolvencia pueden concebirse respuestas normativas distintas a la que hoy recoge el art. 91 CP, aunque también lo es que tales hipotéticas alternativas legales -de no aceptarse la pura y simple exención de toda sanción- han de incidir, de un modo u otro, sobre la persona. En todo caso, este Tribunal no ha de hacer las veces de legislador ni puede, específicamente, considerar arbitrarias las determinaciones de éste cuando las mismas, no expresamente prohibidas por la Constitución, tienen su fundamento, como en el presente caso ocurre, en la previa apreciación de la responsabilidad criminal de quien quebrantó la ley penal, sin que -como se dijo- sea aquí posible, por las propias características de la norma enjuiciada, ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien penalmente tutelado. Fundamentada de este modo la privación de libertad, que no es instrumento para la consecución de ninguna finalidad exterior a la norma, el juicio de proporcionalidad que se nos plantea se ha de detener aquí, sin que nos sea posible, como ya dijimos en la STC 180/1985 de 19 diciembre (f. j. 2º) proceder a ulteriores indagaciones sobre la corrección de la

-En primer lugar, sobre la base de este principio de intervención mínima consideró inconstitucionales el TC, por contrariar el derecho a la intimidad y quizás también el que el TC llama por primera vez "derecho" a la dignidad humana<sup>1637</sup>, las órdenes impartidas a un preso para desnudarse completamente ante varios funcionarios del centro penitenciario en un registro practicado tras una comunicación especial, en cuanto que no fue "llevada a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación de aquel derecho esencial"<sup>1638</sup>, remitiéndose a lo dicho con relación a otro caso sustancialmente igual, en el que se encuentra una clara justificación de la vulneración de este subprincipio de necesidad: no consta que el examen visual del cuerpo del recluso hubiera de llevarse a cabo por personal penitenciario adecuado para tal finalidad; a la situación de desnudez se añade la obligación de hacer flexiones, "lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor prostación o sufrimiento psíquico a quien la sufre"<sup>1639</sup>. En cambio, sí que se considera respetuosa de este principio la práctica de sometimiento a sesiones de rayos X a un preso antes de salir a juicio, o al volver de ellos<sup>1640</sup>.

---

opción concreta incorporada a la norma ni, por lo mismo, hacer declaración alguna en orden a hipotéticas formulaciones del precepto distintas de la actual y que, expresando una decisión igualmente legítima, acaso mitigasen o matizasen —cabe añadir ahora— la gravedad de la responsabilidad personal cuya validez se cuestiona".

1637 El TC se refiere a "los dos derechos fundamentales invocados por el demandante de amparo —dignidad personal e intimidad—" y luego aprecia que "se ha lesionado por ello mismo, uno, al menos, de esos dos derechos fundamentales invocados por el actor; concretamente su derecho a la intimidad" (cursiva nuestra). Se trata de un *obiter dictum* cuyo significado queda, además, reducido por la remisión que la sentencia hace al caso resuelto por la STC 57/1994, de 28 de febrero, que se considera sustancialmente igual, y ello porque en esta última sentencia se descartaba expresa y claramente por el TC un enjuiciamiento desde la perspectiva de la dignidad humana, a la que no se califica, desde luego, de derecho en ningún momento, pues la misma "no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo", ya que éste se ha configurado por el constituyente para la protección de determinados derechos constitucionales, "pero no para la preservación de otros principios o normas constitucionales" [FJ 3 A)], si bien el TC consideró la medida contraria también a la dignidad: las medidas aquí impugnadas por el recurrente han lesionado su derecho a la intimidad personal, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal" (FJ 8º) (cursiva nuestra).

1638 STC 204/2000, de 24 de julio, FJ 4º.

1639 STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 7º.

1640 STC 35/1996, de 11 de marzo, FFJJ 3º y 4º, aunque sin una argumentación explícita, con relación al caso concreto, de la posibilidad de practicar otras medidas de seguridad menos intensas en la afectación de derechos fundamentales, aunque subyace la comparación con la medida enjuiciada en el caso de la STC 57/1994, de mayor intensidad de afectación.

-En el marco del derecho al secreto de las comunicaciones considera el TC que el subprincipio de necesidad (imprescindibilidad) exige que la medida no sea "imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio<sup>1641</sup>. Y si bien en el segundo caso sí que estamos ante el principio de intervención mínima, lo cierto es que la primera de las hipótesis mencionadas por el TC nos situaría, más bien, ante un supuesto de inidoneidad, a examinar en el primer escalón del juicio de proporcionalidad, idoneidad de la medida, a la que el TC se refiere separadamente en la sentencia, pero sin explicitar cuál es su contenido concreto respecto del derecho en cuestión.

-En el caso de las pruebas biológicas frente a los derechos a la intimidad y a la integridad física, en cuanto suponen una intervención corporal, sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos<sup>1642</sup>.

-En el caso de las manifestaciones, la autoridad competente puede restringir, modificar o incluso prohibir el ejercicio del derecho de manifestación, pero "antes de prohibir el ejercicio de este derecho fundamental, deberá proponer, aplicando criterios de proporcionalidad, las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse, pues sólo podrá prohibirse la concentración en el supuesto de que, por las circunstancias del caso, estas facultades de introducir modificaciones no puedan ejercitarse<sup>1643</sup>. Por lo general, el

---

1641 STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 6º.

1642 STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3º C).

1643 Y es que la facultad de proponer modificaciones de fecha, lugar o duración que el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983 reconoce a la autoridad administrativa no puede ejercerse de modo totalmente discrecional, sino que viene condicionada por la programación realizada por los propios promotores, que pueden condicionar de manera importante o vedar incluso la utilización de dicha facultad. Así, respecto del lugar de concentración o manifestación, hay que tener presente que el mismo tiene un relieve fundamental, ya que está íntimamente relacionado con el objetivo de publicidad de las opiniones y reivindicaciones perseguido por los promotores, y es por ello en ocasiones un factor determinante (por ejemplo, hacer llegar sus opiniones o reivindicaciones no sólo a la opinión pública en general o a los medios de comunicación, sino muy particularmente a determinadas entidades o a personas que ocupan cargos en las mismas), como también puede serlo el horario (en horario de trabajo, por ejemplo) lo que no supone que tales reuniones siempre hayan de poder celebrarse en el lugar (o el horario) pretendido, pero sí influye en la facultad administrativa de ofrecer alternativas. En todo caso, el lugar propuesto alternativamente ha de tener suficiente tránsito público como para garantizar la publicidad, que constituye uno de los elementos esenciales del contenido del derecho, sino que ese lugar debe garantizar una repercusión pública —en número y

"ejercicio de este derecho, por su propia naturaleza, requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir instrumental, de las calzadas", y "la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos", pero ello es legítimo de principio, pues "en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación", por lo que para determinar si un corte del tráfico o una invasión de calzadas es constitucionalmente legítimo o no habrán de "ponderarse, caso a caso, todas las circunstancias específicas concurrentes", de manera que "sólo en supuestos muy concretos" en los que, tras la ponderación de estas circunstancias, se llegue a la conclusión de que la celebración de estas reuniones pueda producir prolongados colapsos circulatorios que impidan el acceso a determinadas zonas, imposibilitando por completo de este modo la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes —urgencias médicas, bomberos o policía—, podrán considerarse ilegítimas las restricciones del tráfico que conlleve el derecho de manifestación<sup>1644</sup>. No será así, en particular, si no existen circunstancias especiales, cuando la comunicación previa a la autoridad del horario e itinerario de la manifestación brindó a la autoridad la ocasión para adoptar las medidas preventivas necesarias para aminorar los trastornos y restricciones en la circulación de personas y vehículos<sup>1645</sup>.

**F') Subprincipio de ponderabilidad, proporcionalidad estricta o prohibición de exceso**

**a.- Concepto y ámbito de aplicación**

Conforme a este tercer mandato parcial del principio de proporcionalidad *lato sensu*, deben ponderarse *materialmente* las ventajas e inconvenientes que se derivarían de la intervención de que se trate en el derecho fundamental (medio) para determinar si las ventajas que lleva consigo para el bien público (fin perseguido) tienen un peso específico suficiente como para justificarla. Hay que sopesar, en los dos platos de la balanza, las ventajas que se derivarían para los afectados si no se produjese la intervención en su derecho fundamental respecto de los inconvenientes que se derivarían para el bien público si tal intervención no se produjese, así como las ventajas que conlleva la intervención en el derecho para el bien público frente a los inconvenientes que tiene para los afectados, de manera que cuanto mayor, más grave, intensa o pesada sea la intervención en los derechos fundamentales de los afectados, tanto más

---

características de los destinatarios, es decir, de quienes pueden tener noticia de la reunión, incluidos los medios de comunicación— que se aproxime al máximo a la que pretendan alcanzar los promotores en el lugar por ellos programado": STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5º.

1644 SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º y 42/2000, de 14 de febrero, FJ 4º.

1645 STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 5º.



grave ha de ser la afectación del interés público que se produciría de no mediar la intervención de que se trate en el derecho fundamental. Hay que examinar si la ausencia de la intervención menoscabaría el interés público perseguido por la medida tan gravemente como para justificar la carga o gravamen que la intervención conlleva para los titulares del derecho fundamental afectado, de forma que si dicha carga resulta desproporcionada, la medida no estará justificada con arreglo a este criterio. Se trata de un juicio acerca de la necesidad constitucional material de una medida de intervención en un derecho fundamental, *en sí misma considerada*, para el logro de un bien de relevancia constitucional; no se trata ya aquí de valorar la medida por relación a otras posibles menos agresivas para el derecho fundamental pero igualmente eficaces, como ocurre con el juicio de necesidad, sino de valorar la medida "en sí misma" a la luz del derecho fundamental y el interés público que se hallan enfrentados.

Es claro que un enjuiciamiento tal supone realizar un juicio valorativo material por el que se sopesan las ventajas e inconvenientes o, si se prefiere, en sólo metafóricos pero expresivos términos económicos, las "ganancias" y "pérdidas", los "beneficios" y "costes" que la medida enjuiciada conlleva para el derecho fundamental afectado, por un lado, y para el fin de interés público perseguido, por otro. Se trata, en suma, de la ponderación, que no es otra cosa que el método o medio a través del cual se lleva a cabo el juicio, indudablemente valorativo, en que este principio de proporcionalidad estricta consiste.

Debe señalarse que, si bien hemos dicho en primer término que esta ponderación constituye el tercer mandato del principio de proporcionalidad, hay que precisar, por un lado, que en realidad hay ciertos supuestos en que el principio de proporcionalidad se identifica en la jurisprudencia constitucional (posterior a la STC 66/1995) con la ponderación, sin comprender los subprincipios de idoneidad y necesidad. Así ocurre, en primer lugar, en el caso de afectaciones a los derechos fundamentales por particulares y por ello, en caso de conflictos de derechos fundamentales<sup>1646</sup>, que precisamente por la especificidad que

---

1646 Véase, no obstante, la reciente STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 5º. Pese a que se afirma que la medida enjuiciada es "inadecuada y desproporcionada", y luego que "no reviste la consideración de solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin", lo cierto es que el análisis de la sentencia revela que se utiliza sólo el *nomen* de los tres subprincipios de proporcionalidad, pero en realidad se aplica sólo el tercero de ellos, pues la única explicitación argumentativa de la vulneración de tales principios es la de que "no se trata de medida de suyo ponderada y equilibrada, ya de que de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad", lo que revela que en realidad se enjuicia la proporcionalidad en sentido estricto. Ello resulta confirmado por el hecho de que, en el mismo fundamento jurídico, se diga primero que la medida es inadecuada y desproporcionada, pero no innecesaria y sólo unas líneas más abajo se dice que es además innecesaria, sin introducir en el ínterin ningún argumento nuevo que justifique esta nueva calificación, ni por supuesto nada se diga para justificar su inidoneidad.

presentan se han estudiado por separado. También ocurre en el caso de los derechos fundamentales de configuración legal como los del artículo 24 o el 17.4 CE<sup>1647</sup>, lo que, en términos generales, no tiene justificación desde nuestro punto de vista, aun con las especialidades indudables de este tipo de derechos fundamentales. Y también ocurre así, sin ánimo exhaustivo, en la hipótesis de la prohibición de torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes, si bien en tal caso la ponderación se aplica o integra en el ámbito normativo del derecho fundamental y no en el marco de las limitaciones al derecho y en todo caso, a nuestro entender, los tres componentes de la proporcionalidad sí que ha de jugar respecto del derecho a la integridad física. En general, donde el TC aplica un criterio de "razonabilidad" sin referencia a la proporcionalidad, hay que entender que esa razonabilidad puede identificarse, sin mayores problemas, con la proporcionalidad estricta y que lo que el TC hace al enjuiciar tal razonabilidad es una ponderación en el sentido de la proporcionalidad estricta. Sin embargo, para determinar más exactamente cuáles son los casos en que el TC se limita a aplicar ésta y no aplica los subprincipios de idoneidad y necesidad habrá que esperar a que la nueva configuración triple del principio de proporcionalidad vaya adquiriendo unos perfiles más definidos y firmes en la jurisprudencia constitucional. Y por otro lado, hay que decir que, incluso cuando se aplique el principio de proporcionalidad en su composición tripartita, la ponderación no es nunca ajena a los dos primeros niveles o escalones de la proporcionalidad, la idoneidad y la necesidad, si bien es con relación a la proporcionalidad en sentido estricto cuando juega un papel central.

#### **b.- Carácter casuístico de toda ponderación, como aplicación del principio de proporcionalidad estricta**

Hay que destacar, en primer lugar, que esta ponderación que se lleva a cabo en aplicación del subprincipio de proporcionalidad estricta es, casi siempre, una ponderación que se efectúa con relación a un caso concreto: se trata en la mayoría de los casos de una ponderación casuística, ligada al caso.

Ello, naturalmente, como luego veremos, no empece a que pueda deducirse de toda ponderación y, sobre todo, de un conjunto de ellas aplicadas a casos análogos, una serie de "reglas materiales" de ponderación. Con reglas materiales de ponderación queremos hacer referencia, no a los parámetros o reglas que estructuran formalmente el proceso de ponderación (a que luego se hará referencia), sino a aquellas reglas que establecen cuál es la solución en caso de conflicto de un derecho fundamental concreto con un determinado bien constitucional en unas determinadas circunstancias o, mejor, para un tipo de caso determinado. Pero no puede descartarse, sino todo lo contrario, la aparición de nuevos supuestos o hipótesis en los que las concretas circunstancias concurrentes sean diversas, y aporten por ello elementos

---

1647 Por ejemplo, STC 62/1996, de 15 de abril, FJ 5º.

originales que conduzcan a un juicio de ponderación distinto. Cuando así ocurre, la regla material de ponderación previamente existente no será de aplicación, sino que vendrá desplazada, o excepcionada, por otra más específica que se formule con ocasión de esa nueva hipótesis concreta, si bien a partir de ese momento podrá formularse otra regla material ponderativa para ese nuevo supuesto más específico. Y así con relación a cada derecho fundamental y a cada aspecto del mismo, a medida que los tribunales y especialmente el TC tengan que conocer de los mismos.

En este sentido, las reglas materiales de ponderación formulan reglas abiertas: "abiertas" a nuevas especificaciones o matices que deriven del caso concreto, pero también, incluso, a excepciones cuando aparezcan circunstancias nuevas en el caso concreto de que se trate; y "abiertas" también, cuando las formulan los tribunales ordinarios, a la revisión por los tribunales superiores a través de los recursos correspondientes; y abiertas, en fin, a la crítica, en el seno del propio Tribunal y fuera de él por parte de toda la comunidad, en especial la jurídica. Tales reglas materiales de ponderación no son objeto de esta investigación ni corresponde su estudio a una teoría general de los derechos fundamentales, sino a la dogmática de cada uno de ellos en particular, aunque desde luego hay que partir de que se trata siempre de reglas de elevado contenido valorativo y están bien lejos de ser matematizables, aunque no han faltado intentos en la doctrina alemana a partir de una evaluación con una determina cifra de todos los factores particulares a tener en cuenta, intentos que hoy la doctrina unánimemente considera fracasados e inviables.

Importa destacar, por último, que no hay contradicción entre la posibilidad de formular reglas materiales de ponderación con relación a cada derecho fundamental y el hecho de que la ponderación sea siempre casuística, porque cuando decimos que es casuística no quiere expresarse que sea una ponderación al margen de pautas generales. Por el contrario, toda ponderación es, o debe al menos procurar ser, expresión de pautas valorativas generales o de un cuerpo doctrinal general. La ponderación consiste, precisamente, en aplicar tal doctrina general a un caso concreto atendiendo a todas las circunstancias particulares que en él concurren. La ponderación es, en suma, casuística, no porque no exprese juicios de valor más o menos generales (o más exactamente, generalizables), sino porque está apegada en gran medida a las concretas circunstancias del caso a que aplica aquéllos, que nunca han de perderse de vista.

### **c.- Fases de la ponderación (juicio de proporcionalidad estricta)**

Siguiendo a Rodríguez de Santiago, pueden distinguirse en el proceso de ponderación<sup>1648</sup> tres fases: 1.- Identificación de los principios (bienes,

---

<sup>1648</sup> En realidad, también en las otras dos fases del principio de proporcionalidad hay elementos de ponderación, pero ésta en sentido puro se encuentra en la tercera fase o juicio de proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, en ocasiones el TC considera a la proporcionalidad sólo como un elemento de la ponderación: "es importante destacar que al efectuar la ponderación, debe también tenerse muy

valores, intereses) en conflicto; 2.- atribución de un peso específico a cada uno de los derechos fundamentales o bienes constitucionales en conflicto, atendiendo a las circunstancias del caso, formulando argumentos sobre el grado de cumplimiento de un principio y sobre el grado de compromiso o de perjuicio de su contrario para cada una de las soluciones posibles del conflicto; y 3.- decisión de prevalencia conforme al criterio, según la regla de Alexy que ya conocemos, de que "cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario y simultánea formulación de una regla de prevalencia condicionada".

Esta división en tres fases responde, en realidad, a las declaraciones generales que el propio TC ha hecho en varias ocasiones. Así, por ejemplo, se lee en la STC 76/1995: "una vez despejadas las dos incógnitas previas, que no eran sino la identificación de la libertad en juego y el contenido del derecho que le sirve de límite, el paso siguiente habrá de ser la ponderación de una y otro, sin olvidar su distinto peso específico [...] El análisis para sopesar los derechos en tensión ha de hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso", a través de una ponderación que "es, en su esencia, una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3)", pero que, sin embargo, el TC podrá revisar por cuanto resulta evidente que tal ponderación para resolver un conflicto entre dos derechos fundamentales habrá de "tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión", y "si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión 'como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva' del uno o del 'otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle' (STC 171/1990)"<sup>1649</sup>.

---

presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad": STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4º.

1649 STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5º. Como ejemplo de la aplicación de estas fases por parte de nuestro TC, cita Rodríguez de Santiago, entre otros, la STC 99/1994. Se trataba de un supuesto en que por parte de una empresa se obliga a un trabajador a intervenir en un acto de presentación de un producto de la misma ante los medios de comunicación y autoridades autonómicas (cortando jamón ibérico, concretamente). A ello se niega el trabajador afectado, siendo por ello despedido, pues no quería de ningún modo que su imagen fuera captada fotográficamente. El trabajador formula demanda de despido, que fue rechazada en dos instancias. El TC identifica, en primer lugar, los derechos en conflicto, que son el derecho a su propia imagen del trabajador y el ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, como manifestación de la libertad de empresa del art. 38 CE, respecto de la empresa. En segundo lugar, el TC procede a asignar por separado el peso o importancia que corresponde a cada uno de los bienes enfrentados en atención a las circunstancias concurrentes: por un lado, el derecho a la imagen del trabajador se encuentra altamente comprometido dada la "naturaleza promocional" del acto al que se le

Ahora bien, como dice Rodríguez de Santiago, estas tres fases de la ponderación, y para comprobarlo basta con leer la jurisprudencia constitucional, "no suceden con una separación rígida entre una y la siguiente, como si fueran tres expedientes aislados e independientes de cada uno de ellos" y así, por ejemplo, "parece claro que para realizar adecuadamente la argumentación sobre la importancia del cumplimiento o del incumplimiento de cada uno de los principios en conflicto (segunda fase), hay que tantear ya en posibles resultados de la ponderación (eventuales soluciones en la tercera fase).

Es característico de la ponderación, por otro lado, según Rodríguez de Santiago, que en las dos primeras fases se produce lo que Engisch llamara un "peregrinar de ida y vuelta" del hecho a la norma y de ésta a aquél. "Y hasta entonces, el hecho (la situación fáctica o real a la que hay que aplicar el Derecho) no queda por completo 'formado'. Supone un avance metodológico destacar que en el proceso de aplicación del Derecho lo que interesa no es el 'hecho bruto', sino la 'formación del hecho' atendiendo a su posible significación jurídica, lo que lo hace accesible a su enjuiciamiento correcto desde la perspectiva del Derecho. El hecho originario, tal como sucede en la realidad, es en parte abreviado y en parte complementado hasta que se concrete en una formulación que contenga todas las circunstancias -y sólo éstas- que deban ser tenidas en cuenta para la aplicación a él de las normas correspondientes. Y ya sabemos que es una peculiaridad de la ponderación que, en principio, todas las circunstancias pueden ser potencialmente relevantes, lo que atribuye a esta tarea de elaboración o formación del hecho, en nuestro ámbito, una especial importancia"<sup>1650</sup>.

---

obligaba a asistir pues, con toda seguridad, su imagen será captada y difundida; en cambio, la importancia del ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva no es aquí tan importante pues el contrato del trabajador (deshuesador de jamones) no incluye en principio tareas de exhibición de su habilidad sobre las que pudieran proyectarse las órdenes del empresario, no estando tampoco comprobado que otro trabajador de la empresa no pudiera desempeñar esa tarea. Así pues, el peso del derecho a la imagen es notorio, el de la dirección empresarial no lo es tanto, lo que "prepara la decisión de prevalencia que constituye la tercera fase del método de la ponderación". En la tercera fase, partiendo de lo anterior, se concluye que la solución dada por los tribunales de instancia no cumplió la ley de la ponderación: la gravedad del perjuicio al derecho a la imagen no está justificada por la importancia del cumplimiento del principio del ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial. Más bien, la solución ponderada es la contraria: el perjuicio causado a éste está justificado por la importancia que en este caso hay que atribuir al derecho a la imagen del trabajador. Y la regla de prevalencia condicionada, dice Rodríguez de Santiago, podría formularse así: "si la naturaleza del trabajo no está relacionada con el despliegue público de la actividad del trabajador y hay otra manera de satisfacer el interés de la empresa prevalece el derecho a la imagen". José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes...*, cit., p. 126.

1650 José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes...*, cit., p. 138ss. Y así, en el caso antes señalado sobre el conflicto entre el derecho a la propia imagen y la adecuada ordenación productiva, dice el citado autor que no estaría correctamente formado el hecho sometido a enjuiciamiento si se enunciara tan sólo, como "un trabajador de una empresa dedicada a la elaboración de jamones se niega a

Entre las más significativas aplicaciones del juicio de proporcionalidad en sentido estricto en nuestra jurisprudencia constitucional pueden destacarse las siguientes:

- Es la proporcionalidad en sentido estricto la que conduce a otorgar el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física a un preso que padecía una enfermedad coronaria grave e incurable respecto de la cual resultaba contraproducente la permanencia en la cárcel, que redundaría en un empeoramiento de su salud y acortamiento de su vida, aun cuando no existía riesgo inminente de morir ni siquiera pronóstico de la incidencia de la enfermedad, a corto o largo plazo, sobre la duración de la vida. Para otorgar el amparo el TC valora todas las circunstancias mencionadas, así como otras: a) la normativa de aplicación exigía además estar en el tercer grado penitenciario, haberse comportado bien hasta ese momento y ofrecer garantía de hacerlo así en el futuro; b) aun cuando según algunos especialistas el preso podría someterse a una intervención quirúrgica para aliviar su mal, lo cierto es que hay discrepancias entre los especialistas consultados: "La decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida"<sup>1651</sup>.

- En el caso de aquellas personas que ocupan plazas en la Administración sólo provisionalmente en tanto las mismas no se provean por funcionarios de carrera, se justifica un trato diferenciador respecto del personal vinculado a la Administración de manera estable por el interés público en la prestación urgente del servicio, si bien, en atención al principio de proporcionalidad, las posibilidades de un trato diferenciador se estrechan cuando se trata de situaciones de interinidad de larga duración, especialmente cuando el derecho que recibe un tratamiento desigual es uno con relevancia constitucional. Y así, considera el TC que la negación

---

cumplir la orden de la dirección de desarrollar la tarea a la que se dedica habitualmente un día determinado". Y ello porque, aun cuando ese relato de los hechos no sería incierto, no sería sin embargo tampoco "un enunciado adecuado para resolver un conflicto entre el derecho a la imagen del trabajador y el ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial", pues habría que atender a si ese "día determinado" tenía algo de especial, como realmente sucede: se trata de prestar los servicios en un acto promocional en el que, con toda seguridad, podrá ser captada la imagen personal; si los actos propios del trabajador permiten hablar de una restricción voluntaria del derecho a la imagen (actores, o en menor medida un relaciones públicas de la empresa). Así, pues, concluye Rodríguez de Santiago: "de la norma hay, pues, que volver al hecho para enunciarlo de una forma más acorde con el Derecho aplicable: 'un trabajador, cuyo contrato de trabajo no incluye la realización de tareas de demostración en público, se niega a cumplir la orden de la dirección de la empresa de elaboración de jamones, donde presta sus servicios, de cortar jamón en un acto promocional'" y, prosigue diciendo dicho autor, "sólo cuando el hecho ha sido definitivamente elaborado de forma semejante a ésta es posible formular los argumentos que se exigen en la segunda fase de la ponderación, para otorgar peso o importancia al incumplimiento de uno de los principios en conflicto y al grado de cumplimiento de su contrario".

<sup>1651</sup> STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3º.

del derecho a la excedencia para el cuidado de los hijos a una funcionaria interina cuya relación de servicio con la Administración supera los cinco años sobre la base de que su relación con la Administración era provisional en tanto no se provea su plaza por funcionarios de carrera no tiene una justificación objetiva y razonable, dada la trascendencia constitucional del derecho a la excedencia para el cuidado de los hijos *ex artículo* 39.1 y 3 CE, precepto que no es una mera norma sin contenido, dado lo prolongado de la situación de interinidad en el caso, y dado que el derecho en cuestión afecta básicamente a las mujeres por lo que se trataría de una discriminación indirecta en perjuicio de aquéllas<sup>1652</sup>.

- Respecto de las pruebas biológicas de paternidad, la resolución judicial que ordena realizarlas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física y moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve<sup>1653</sup>.

- En lo que se refiere a la prisión provisional como medida cautelar, su proporcionalidad, aparte de estar informada por el carácter excepcional de tal medida cautelar y su interpretación, conforme al principio *favor libertatis*, ha de venir referida, entre otros elementos y tanto en cuanto a su adopción como en cuanto a su prolongación, al marco penal abstracto para el delito de que se trate, si bien ello no autoriza a dejar de tomar en cuenta para la determinación de ese marco penal abstracto elementos de juicio existentes ya con claridad al adoptar tal medida cautelar. Y así, en el caso de un homicidio que no llegó a ejecutarse, sino que fue frustrado e imputado a un menor de edad, es claro que para determinar el marco penal abstracto debe computarse tanto la atenuante por minoría de edad como el hecho de que el delito presuntamente cometido es un homicidio *frustrado*, sin que pueda atenderse, para fijar dicho marco, al delito de homicidio consumado y cometido por un mayor de edad pues tal pena no podría llegar a imponerse en ningún caso al imputado<sup>1654</sup>. Y es que acudir, para adoptar la prisión provisional, "a una pena que, caso de ser condenado el preso preventivo, nunca podría serle impuesta, desvirtúa el verdadero significado y sentido último de este precepto que no es otro que el de impedir una permanencia en situación de prisión preventiva que no guarde la debida proporción con la pena que en su caso cabría imponer<sup>1655</sup>.

-La anulación de 420.000 votos y de la proclamación de siete diputados resulta una medida desproporcionada cuando tiene lugar únicamente ante la duda respecto a 249 votos y a la proclamación de un candidato en cuanto que conlleva anular el ejercicio del derecho de voto de 420.000 electores y el derecho de acceso al cargo de quienes resultaran electos en los anteriores escaños pacíficamente

---

1652 SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FFJJ 4º y 5º; 203/2000, de 24 de julio, FFJJ 3º ss.

1653 STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3º E).

1654 STC 9/1994, de 17 de enero, FJ 4º.

1655 STC 9/1994, de 17 de enero, FJ 5º.

adjudicados<sup>1656</sup>.

- El art. 55.1 LOTC permite graduar la respuesta constitucional a la vulneración de los derechos fundamentales en función no sólo de las propias exigencias del derecho afectado, sino también de la necesaria preservación de otros derechos o valores merecedores de protección. En el presente caso, para que el amparo que se otorga cumpla su finalidad no es preciso restaurar una situación originaria ya agotada, retrotrayendo la actividad de la Asamblea Regional de Cantabria al momento en que los actores fueron suspendidos en su condición de miembros de la misma, lo que implicaría dejar sin efecto todas las deliberaciones y decisiones tomadas por la Asamblea en la sesión o sesiones a las que los recurrentes no pudieron asistir, pues ésta es una medida que, no habiendo los recurrentes acreditado que con su presencia se hubieran alcanzado resultados distintos en las decisiones adoptadas por la Asamblea, resulta desproporcionada y perturbadora de los derechos e intereses de los restantes miembros del citado cuerpo legislativo y de sus representados<sup>1657</sup>.

### **G) La densidad de control a través del principio de proporcionalidad**

Una importante cuestión que se plantea al estudiar el control de la constitucionalidad desde el punto de vista de la proporcionalidad es la de densidad de control del TC (y, en su caso, de los jueces y tribunales ordinarios) a través de dicho principio. El TC señala que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la "estricta observancia"<sup>1658</sup> del principio de proporcionalidad, pero con ello no se ha dicho todavía nada en realidad sobre la intensidad o densidad del control a llevar a cabo a través de este principio, pues la cuestión es cuál es el contenido paramétrico de dicho principio cuya observancia "estricta" hay que garantizar. Sobre este punto, hay que empezar por distinguir entre los supuestos en que se controla el respeto al principio de proporcionalidad por el legislador, por un lado, y por los jueces o la Administración, por el otro.

#### **A') Medidas legislativas**

La razón de ser de la diversificación, en esta sede, de las dos hipótesis mencionadas estriba en la especial posición constitucional, así como en la legitimidad democrática del legislador, que goza por ello de una importante libertad de configuración que ha de conducir, en este ámbito, a una deferencia mayor por parte del TC en el enjuiciamiento de las leyes respecto de la intensidad de control con relación al enjuiciamiento de las sentencias, actos administrativos o vías de hecho. Como dice el TC, "la posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que

---

1656 STC 26/1990, de 19 de febrero, FJ 11 A).

1657 STC 136/1989, de 19 de julio, FJ 4º.

1658 STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 6º.



la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distintas a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes"<sup>1659</sup>. Y ello es así porque, a diferencia de la Administración o los jueces, "el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas"<sup>1660</sup>.

Y proyectada esta doctrina general de la libertad de configuración legislativa sobre el legislador en materia penal, sostendrá el TC que, "a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y falta [ ] En definitiva, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. Como afirmábamos en la STC 53/1985, el legislador 'ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento' (fundamento jurídico 9º)"<sup>1661</sup>.

Pero junto a esta doctrina general sobre la libertad de configuración legislativa, el TC ha ido perfilando una doctrina más específica respecto de los componentes del principio de proporcionalidad, especialmente la necesidad y ponderabilidad. Veamos cómo se concreta esta doctrina general en cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad:

---

1659 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º.

1660 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º.

1661 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º.

a) En cuanto al subprincipio de idoneidad o adecuación, aunque no se contenga ninguna afirmación explícita sobre la densidad de control por parte del TC, parece más bien que se trata de un "control de evidencia", de manera que sólo en los supuestos, más bien raros, en que resulte claro que la medida legislativa de que se trate no resulta adecuada para lograr el fin buscado podrá declararse la inconstitucionalidad por falta de adecuación, siendo la fundamentación del Tribunal sobre este punto mínima<sup>1662</sup> o nula<sup>1663</sup>, limitándose a consignar que la medida no es inidónea o inadecuada.

b) Respecto al subprincipio o criterio de necesidad, el TC ha señalado que su enjuiciamiento "compete al legislador", para lo cual goza, además, de un "amplio margen de libertad" "que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982, fundamento jurídico 5º) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como 'representante en cada momento histórico de la soberanía popular' (STC 11/1981, 332/1994)"<sup>1664</sup>. Por ello mismo, se sostiene que "en rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 50/1995, fundamento jurídico 7º), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento"<sup>1665</sup>. Y si el control aquí del TC "tiene un alcance y una intensidad muy limitadas" es porque, de lo contrario, se correría el riesgo de que el Tribunal se arrogase "un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido". Y por ello, en suma, sólo podrá formularse una tacha de desproporción desde la perspectiva del criterio de necesidad

---

1662 Así, en el caso "Mesa de HB" sobre la adecuación de la tipificación del delito de colaboración con banda armada dice el TC: "Tampoco cabe dudar del a idoneidad de la sanción prevista. Se trata de una medida que, con toda seguridad, puede contribuir a evitar la realización de actos de colaboración con una organización terrorista y cooperar así a la consecución de los fines inmediatos de la norma" (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 27º).

1663 Así, en el caso de la pena por el delito de negativa a realizar la prestación social sustitutoria dirá el TC únicamente lo siguiente: "No cuestionada la idoneidad de la medida, y no existiendo en efecto elementos para dudar de ella en este caso, debemos analizar la necesidad de la misma" (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º).

1664 STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º.

1665 SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23º.

cuando las medidas alternativas sean "palmariaamente de intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada"<sup>1666</sup>. Y, más en concreto, "cuando se trata de analizar la actividad del legislador en materia penal desde la perspectiva del criterio de necesidad de la medida, el control constitucional debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, atendiendo en su caso a la concreción efectuada por el legislador en supuestos análogos, al objeto de comprobar si la pena prevista para un determinado tipo se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida para dichos supuestos. Sólo a partir de estas premisas cabría afirmar que se ha producido un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho"<sup>1667</sup>.

c) Y respecto, por fin, al subprincipio de ponderabilidad, proporcionalidad en sentido estricto o prohibición de exceso, el TC sostiene, con relación concretamente a las sanciones penales, que sólo puede estimarse vulnerado "cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa"<sup>1668</sup>.

Lo cierto es que, pese al énfasis que el TC pone en subrayar la libertad configuradora del legislador, desde el propio TC se le ha reprochado no subrayarla suficientemente. Así, en la citada STC 55/1996, el voto particular de Jiménez de Parga muestra su conformidad con esa doctrina, aplicada por la Sentencia al caso de que se trataba, aunque considera, en opinión que no compartimos y la experiencia más elemental demuestra que no responde a la realidad, que se debería haber realzado más en la Sentencia a fin de hacer más claro el resultado de constitucionalidad: "Yo hubiera querido que la Sentencia del Pleno arrancase de este postulado básico. La solución de las cuestiones planteadas se habría reforzado con una afirmación rotunda de la presunción de constitucionalidad de las leyes. A mi entender, sólo son inconstitucionales los preceptos legales que de forma clara, evidente, de un modo tan manifiesto que no admite duda, infringen la Constitución"<sup>1669</sup>.

A nuestro modo de ver, las enfáticas declaraciones del TC son comprensibles como un mecanismo destinado a destacar el respeto por parte del Tribunal a las leyes aprobadas por los legítimos representantes de la voluntad popular, así como al ámbito de libre conformación política que a dichas leyes corresponde, de manera que el legislador puede, en todos los campos, adoptar medidas muy diferentes según su opción política, todas ellas conformes a la CE, y el TC sólo podrá cerrar el paso a una de esas vías cuando exista un claro fundamento constitucional que

1666 SSTC 161/1997, FJ 11º; 136/1999, de 20 de julio, FJ 28º.

1667 SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23º.

1668 SSTC 161/1997, FJ 12º; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9º y 136/1999, de 20 de julio, FJ 23º.

1669 STC 55/1996, de 28 de marzo, voto particular, FJ 4º.

permita anular tal medida. Deben, sin embargo, hacerse en este punto algunas aclaraciones críticas. Por un lado, no puede olvidarse que aquí se trata de un control de la constitucionalidad a realizar desde el parámetro del principio de proporcionalidad *aplicado a los derechos fundamentales*. Esto último, que se trate de un control de constitucionalidad en el campo de los derechos fundamentales, no es baladí, sino una circunstancia de gran importancia y que ha de conllevar consecuencias jurídicas. Así es, en efecto, en cuanto que, si en términos generales debe existir una considerable deferencia respecto de las medidas legislativas cuando se trata de enjuiciar su inconstitucionalidad, no cabe duda, a nuestro modo de ver, que esa deferencia hacia el legislador, aun manteniéndose, sufre una cierta y relativa moderación o, dicho en otros términos, la intensidad y densidad de control por el TC experimenta, o ha de hacerlo, un incremento. También en el campo de los derechos fundamentales hay que reconocer al legislador un amplio campo de juego y de maniobrabilidad, pero una libertad menor, sin duda, a la que hay que reconocerle en general en otros campos ajenos a los derechos fundamentales.

Dicho en otras palabras, si constitucionalmente<sup>1670</sup>, y en términos generales, es mucha la libertad que hay que conceder al legislador a la hora de optar por una u otra política económica, social, etc, y también hay que reconocerle la posibilidad, constitucionalmente lícita, de llevar a cabo diversas políticas de derechos fundamentales (en general, o con relación a derechos concretos), lo cierto es que en este último campo su libertad de actuación o configuración legislativa es, y ha de ser, menor. Una cosa es, a nuestro juicio, que los derechos fundamentales no queden, en nuestro sistema constitucional, sustraídos de la política y también respecto de ellos pueda el legislador llevar a cabo diversas políticas, todas ellas igualmente legítimas, y otra que su libertad de opción política y de conformación de estos derechos haya de tener el mismo alcance y amplitud que aquella de la que goza en general en otros ámbitos. La posición central de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional<sup>1671</sup> ha de conllevar un control intensivo o reforzado de la constitucionalidad en materia de derechos fundamentales y un lógico estrechamiento de sus posibilidades de actuación respecto de cuestiones no afectantes a tales derechos fundamentales.

Por todo ello, no podemos estar de acuerdo con la apreciación, implícita pero bien clara, del TC de que el control a llevar a cabo a través del principio de proporcionalidad haya de ser un control "de evidencia", limitado a los casos de "manifiesta" inobservancia del principio<sup>1672</sup>, algo

---

1670 Si ello ya no es así por virtud de la inserción en instituciones internacionales, y especialmente por nuestra pertenencia a la Unión Europea es ya otra cuestión.

1671 Si un criterio fundamental para disciplinar la intensidad del control de constitucionalidad ha de ser la importancia de los bienes en juego, no cabe duda de que los derechos fundamentales son, junto a otros, los bienes más importantes del entero orden constitucional, por lo que la intensidad de control en este campo ha de ser también muy alta.

1672 El parámetro vendría dado por "pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles", a fin de evitar un "sacrificio patentemente innecesario de derechos que

enfaticado todavía más en el Voto Particular de Jiménez de Parga antes citado. Ciertamente, el principio de proporcionalidad en general, y el subprincipio de necesidad en particular, son ampliamente indeterminados. También lo son, por cierto, los derechos fundamentales en sí mismos considerados (vida, libertad ideológica, domicilio, etc). Pero ello no significa, ni puede significar, un menor rigor en el control de su respeto por el legislador. Por el contrario, el control en materia de derechos fundamentales ha de hacerse más riguroso e intenso por su valor central en nuestro sistema constitucional<sup>1673</sup> y ello pese a la indeterminación que aquellos encierran. Pues bien, el principio de proporcionalidad es sólo un instrumento al servicio de esa tarea fiscalizadora de la constitucionalidad que contribuye a hacer más clara, sistemática y explícita la fiscalización y no se comprende muy bien porque un instrumento que sólo sirva para un "control de evidencia". Menos todavía que, como sostiene Jiménez de Parga en su voto particular a la STC 55/1996, sólo sirva para tachar de inconstitucionales los preceptos que "de forma clara, evidente, de un modo tan manifiesto que no admite duda, infringen la Constitución", porque entonces el principio de proporcionalidad sería poco menos que inútil y la protección efectiva de los derechos fundamentales peligraría.

Si se atiende en abstracto a algunas de las afirmaciones del TC podría sacarse la conclusión de que no sólo se ejerce un control de evidencia, sino que la evidencia que se exige sería poco menos que inalcanzable. Pero es obvio que ello no puede ser en la práctica así, pues una cosa es que el legislador goce de una prerrogativa funcional y el TC practique una deferencia hacia el legislador, y otra muy distinta que el control de la proporcionalidad devenga una técnica poco menos que inútil, especialmente a la luz de la elevada posición axiológica y fundamentadora del entero sistema constitucional que a los derechos fundamentales

la Constitución garantiza" y sólo puede considerarse que no se da el requisito de la necesidad (componente de la proporcionalidad) cuando "resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador" (STC 55/1996, FJ 8º).

1673 En la jurisprudencia norteamericana, cuando, al enjuiciar la conformidad de una determinada ley a la Constitución, el juicio de contraste se hace entre dicha ley y una norma constitucional referida a un derecho fundamental, la ley, en tal caso, "is to be subjected to more exacting judicial scrutiny", tiene que estar sujeta a la modalidad más rigurosa de control de la constitucionalidad, es decir, al *strict scrutiny* (frente al *ordinary* o *minimum* y el *intermediate scrutiny*) que hace que la normal presunción de constitucionalidad de las leyes tenga en este ámbito un juego mucho más limitado o, más exactamente, llegue a producirse una inversión de esa presunción, de manera tal que la ley sólo será constitucional cuando se demuestre que la medida restrictiva del derecho fundamental es la alternativa menos restrictiva posible para evitar un "peligro claro e inminente". Cfr. la nota a pie de página núm. 4 de la Opinion del Justice Stone en *United States v. Carolene Products* (1938); Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1987, pp. 178-179 y 327-328. En Francia, "le Conseil Constitutionnel a donné toute leur portée aux principes qu'il a dégagés en matière de libertés par la grande rigueur dont il a fait preuve dans l'appréciation des dispositions législatives d'y porter atteinte". Stirn, Bernard, *Les libertés en questions*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 62.

corresponde. Las evidencias no suelen existir en Derecho, menos en Derecho Constitucional, y mucho menos todavía en el campo de los derechos fundamentales. Algunas hay, desde luego, pero no abundan y si puede ya afirmarse que pocos son en general los casos que llegan a los tribunales que son evidentes<sup>1674</sup>, en el caso del TC esa posibilidad es tanto más remota, especialmente si se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad a los derechos fundamentales, pues tanto el uno como los otros son de suyo indeterminados. Puede hablarse convencionalmente, si se quiere, de un "control de evidencia" pero, precisamente por la relatividad de este concepto, no parece muy acertado insistir muy enfáticamente en esa evidencia, pues luego es fácil constatar que, si el principio de proporcionalidad ha de tener alguna utilidad y ser un instrumento funcional de control de la constitucionalidad, las "evidencias manifiestas" no existen prácticamente nunca, pese a lo cual el TC acoge la violación del principio de proporcionalidad.

No hay, ni puede haber, un mero control de evidencia al enjuiciar la proporcionalidad, o necesidad más en particular, de las medidas. Basta para comprobarlo observar que las escasas sentencias dictadas hasta ahora por nuestro TC no podían ser previstas, seguramente, por ningún jurista, constitucionalista incluso, con una seguridad próxima a la certeza. Lejos de ello, la declaración de inconstitucionalidad de un artículo del Código Penal en la STC 136/1999 (Mesa de HB) por violación del principio de proporcionalidad parece haber cogido a propios y extraños por sorpresa. Y ni siquiera *a posteriori* parece que el enjuiciamiento de proporcionalidad de la citada sentencia sea "manifiestamente evidente", sino que ha levantado serias y fundadas críticas en la doctrina y, por otro lado, tampoco ha parecido tan meridiano a la comunidad jurídica ni a la propia opinión pública.

Y es que este mismo ejemplo de la STC 55/1996 viene, a nuestro juicio, a ilustrar que el TC, pese a las afirmaciones teóricas generales de la exigibilidad de "evidencia" para apreciar una vulneración del principio de proporcionalidad (necesidad), en realidad no opera con dicho control, algo por lo demás exigido por la propia naturaleza de las cosas ya que, de otro modo, el principio de proporcionalidad no tendría prácticamente ninguna funcionalidad. Que el TC haya en esta ocasión, y por vez primera, declarado inconstitucional por desproporcionada una ley penal y lo haya hecho pese a la opinión de uno de sus integrantes de que se trataba de un "*claro error jurídico*" (cursiva mía) y de otro de que se trata

---

1674 Recuérdese el reproche de Kelsen a Schmitt en su célebre polémica: "nunca hasta ahora se hizo una afirmación sobre la jurisdicción que desconozca tan completamente su esencia como ésta: 'La justicia entera se halla sujeta a normas, y su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido' [Schmitt]. Sólo la inversión de este juicio hace volver a la verdad simple y evidente para todos: que generalmente la jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de disputas sobre hechos y nunca propiamente de disputas sobre el 'Derecho'. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción y notas de Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 23.

de un "innovador paso" que puede llevar al TC a asumir un nuevo control hasta el momento no ejercido es, por sí sólo, un hecho muy significativo de lo que decimos. El TC no opera, y difícilmente podría hacerlo sin abdicar de su función, coherentemente con sus afirmaciones generales de que el control a ejercer en este ámbito sea lo que podría llamarse un control de evidencia, sino que ejerce un control relativamente amplio o intermedio, lo que se explica por la concurrencia en estos casos, por un lado, de derechos fundamentales, que exigen un control especialmente intensivo (aun dentro del respeto a la libertad genérica de conformación del legislador), y por otro lado, de un criterio como es la proporcionalidad de gran indeterminación. Habrá que esperar, naturalmente, a que esta técnica de la proporcionalidad en su nueva estructura tras la STC 66/1995 se consolide en la jurisprudencia constitucional, y dé lugar a un número significativo de casos para comprobar con mayor perspectiva cuál es la concreta intensidad del control ejercido a su través por el TC, intensidad que parece que, más bien, podría incluso incrementarse a medida que esta técnica vaya depurándose en la praxis jurisprudencial y adquiriendo unos perfiles más definidos de los que hoy presenta. Al día de hoy, y pese a las grandilocuentes afirmaciones del TC, su aplicación práctica *ad casum* no responde, como podría deducirse de sus afirmaciones generales, a un control de evidencia, sino más bien, por decirlo brevemente, a un control negativo, a través del cual se controla no que la medida sea idónea (adecuada), necesaria (indispensable) y ponderada (proporcionada en sentido estricto), sino que no sea inidónea, innecesaria o no ponderada. Y ése es, desde nuestro punto de vista, el camino a seguir, si bien, justamente por ello, las afirmaciones generales de su jurisprudencia deberían relativizarse y matizarse pues de nada sirve afirmar, con todo énfasis, que el control es de mera evidencia manifiesta si después no es eso lo que se aplica o si es bien sabido que casi cualquier sentencia importante, y especialmente las del TC, son fruto de una deliberación intensa (y a veces, tensa) que frecuentemente no logra limar las diferencias de criterio entre los magistrados, dando lugar a Votos particulares y, en cualquier caso, luego no son acogidas ni compartidas por un considerable sector doctrinal. Y por otro lado, "control negativo" es algo esencialmente distinto de control "de evidencia", pues el control negativo puede ser un control intenso, como de hecho lo es y ha de serlo en este campo; y, además, ello no es tampoco incompatible con la libertad de configuración del legislador precisamente porque se presenta como control meramente negativo, aunque tampoco conlleve una deferencia reverente y sumisa ante el legislador, que ésta sí que sería incompatible con la protección que se deriva de la garantía al más alto nivel normativo de los derechos fundamentales, que no son meras máximas vagas que inspiren al legislador, aunque tampoco, desde luego, le marquen un programa riguroso a seguir. El justo equilibrio entre las dos posibilidades se logra a través de la caracterización de este control como uno de tipo negativo. Y a ello responde nuestra jurisprudencia constitucional hasta ahora, con sus más y sus menos, jurisprudencia que no es una jurisprudencia de

deferencia legislativa, sino de un control material intensificado en materia de derechos fundamentales a través del principio de proporcionalidad, aunque sus formulaciones generales no respondan a las pautas que luego en la práctica se aplican.

### **B') Medidas judiciales o administrativas**

Aun partiendo de la premisa común de que cuando estén implicados derechos fundamentales se opera lo que en la doctrina alemana se ha llamado una "reducción a cero", o "contracción" al menos, de la discrecionalidad administrativa<sup>1675</sup> y el control ha de intensificarse, dentro de ellas deben diferenciarse, siguiendo a García de Enterría y Fernández, varios grupos. En principio, nos dicen estos dos autores, hay "dos grandes modelos o sistemas abstractos de intervención, uno de signo represivo y otro de signo preventivo. El primero supone la existencia de una completa regulación previa de la actividad, dentro de la cual el ejercicio de ésta se entiende enteramente libre y no está sometido *ab initio* a control administrativo alguno. Sólo *a posteriori*, en los casos en que se compruebe que una concreta actividad se desarrolla fuera de los cauces de reglamentación establecida, surge la reacción por vía de sanción, administrativa o, incluso, penal, en su caso". El sistema preventivo supone una intervención más intensa, una mayor restricción de la libertad, ya que a la regulación previa de la actividad mediante las normas correspondientes se une la comprobación, también previa, por la Administración de la adecuación a la misma del concreto proyecto ideado por quien pretende ejercer dicha actividad, de forma que sólo cuando esa comprobación tenga un resultado satisfactorio se levantaría la prohibición general que la ley reguladora establece como punto de partida. Por lo demás, el sistema preventivo, al partir de una prohibición general, implica un control previo individualizado de todas y cada una de las actividades que, en ejercicio de la libertad constitucionalmente reconocida, pretenden emprenderse, en tanto que el sistema represivo supone sólo un control ocasional de aquellas actividades respecto de las cuales se advierten indicios de un presunto exceso. El control preventivo, por ser tal, opera, además, sobre meras hipótesis, ya que en el momento en que se regula la actividad ésta en concreto aún no ha sido emprendida, lo cual hace entrar en juego *de facto* un margen de apreciación notable sobre la eventual conformidad o disconformidad con el interés público de la actividad que pretende emprenderse, margen del que la Administración se beneficia, cosa que no sucede en el control *a posteriori*, propio del sistema represivo, ya que el objeto de éste no es una mera hipótesis, sino una realidad dada, la concreta realidad de la actividad que se viene ejerciendo. Y dentro del control previo deben distinguirse distintas modalidades con un grado también diferente de restricción de la libertad (una simple declaración, comunicación o notificación previa a la

---

<sup>1675</sup> Tesis que, entre nosotros, también defiende Eduardo García de Enterría, "Una nota...", cit., p. 87.



Administración, que puede o no ir seguida de una obligación de inscripción en un registro público o, en su caso, dar lugar a una prohibición formal ulterior en el supuesto de que la actividad declarada no cumpla alguno de los requisitos previstos en la norma aplicable), alcanzándose el nivel máximo de limitación a través de la exigencia de una autorización previa, que es, por cierto, la técnica más frecuentemente utilizada hoy por hoy entre nosotros, en materia económica sobre todo" y también en este caso existen diversas variantes, más o menos intensas en su intervención en la libertad.

Y como concluyen García de Enterría y Fernández, a quienes seguimos en esta exposición, todas estas modalidades de intervención, que son muchas como puede apreciarse, ya que los ingredientes que entran en juego en su composición son en muchos casos susceptibles de combinación" no son "ni pueden considerarse indiferentes o de uso puro y simplemente alternativo, como tradicionalmente se ha venido entendiendo, en ausencia de una norma constitucional que obligara a apurar el análisis". Y el criterio al que habrá que atender es el de optar por aquella técnica de intervención que conlleve una menor restricción de la libertad, pues la libertad es la regla y la limitación es la excepción. Pero con ello obviamente no basta, sino que habrá que aplicar para ello el principio de proporcionalidad con "una valoración individualizada de cada supuesto, a partir de la cual podrán detectarse —y combatirse por los procedimientos que la Constitución habilita— los posibles excesos. Es decir, la elección de la técnica de intervención tiene que ser "congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse", con preferencia de un sistema represivo a uno preventivo y, de optar por este último, deberá preferirse uno que no tenga carácter general o, si no es posible evitarlo, deberá elegirse la técnica de la declaración o comunicación previa con preferencia a la autorización y la modalidad de la autorización reglada antes que la discrecional, el silencio positivo mejor que el negativo, etc. Y aunque estos principios hayan sido recogidos por la jurisprudencia, "el camino que resta por recorrer es muy largo todavía. Ni la Administración, ni el propio legislador son siempre conscientes de las exigencias que derivan del régimen de libertades instituido por la Constitución y por comodidad, por interés o por mera rutina siguen insistiendo en los viejos planteamientos, hoy difícilmente compatibles con la Norma Fundamental" y sólo en el ámbito económico se hace visible un cambio en la actitud tradicional de la Administración y del legislador y una sintonía efectiva con los principios que informan el nuevo ordenamiento constitucional<sup>1676</sup>.

---

1676 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso...*, cit., tomo II, pp. 112 ss., con referencias a la jurisprudencia preconstitucional contencioso-administrativa que acertó a hacer suyos ya estos principios, pese a los estrechos márgenes con que se vio obligada a operar y a la jurisprudencia del mismo orden jurisdiccional posterior ya a la Constitución que profundizó en tales principios.

## H) Principio de proporcionalidad, prognosis y tiempo

No constituye ninguna especialidad del principio de proporcionalidad como principio jurídico(-constitucional) el hecho de que haya de ser interpretado y aplicado conforme a la realidad social del momento de su aplicación, sino que ésta es característica de toda norma o principio (art. 3 CC): toda norma ha de interpretarse conforme al "espíritu de los tiempos". Y ello conlleva que una medida que hoy se considere adecuada, o necesaria, o ponderada, no se considere tal con el paso del tiempo o viceversa una medida hoy enjuiciada como inadecuada, innecesaria o imponderada puede unos años más tarde considerarse de otra forma. Eso sí, la diferencia de criterio deberá explicitarse y fundamentarse. Hasta aquí no hay ninguna especialidad de este principio con respecto de otras normas o principios.

La particularidad que presenta el principio de proporcionalidad estriba en que los juicios en que consiste (la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la medida) se basan, en una medida variable pero frecuentemente importante, en la prógnosis judicial, pues el juicio de proporcionalidad es siempre, en definitiva, un juicio acerca de la relación medios/fines y la adecuación, necesidad y equilibrio de un determinado medio para lograr un fin también determinado. Dicho en otros términos, a la hora de adoptar un determinado medio restrictivo de derechos fundamentales para lograr un determinado fin, el legislador o la Administración han de hacer un "pronóstico" acerca de las posibilidades de éxito de ese medio para lograr el fin de que se trate. Y los tribunales, y en especial el TC, a la hora de enjuiciar el medio empleado, la "medida" sujeta a examen, también han de remitir su juicio al *statu quo ante*, al estado anterior a la adopción de la medida. El enjuiciamiento de la adecuación, necesidad o proporcionalidad estricta de la medida ha de hacerse partiendo de la situación y los conocimientos que existían en el momento de su adopción. El enjuiciamiento de la proporcionalidad, en sus tres ingredientes, ha de ser un juicio *ex ante* y no *ex post facto*.

### 5.- Contenido esencial<sup>1677</sup>

#### A.- El punto de partida: la jurisprudencia inicial del TC

Según nuestro TC, la idea de "contenido esencial" es predicable de cualquier derecho subjetivo, sea o no constitucional, pero nuestra Constitución la consagra en el art. 53 CE con relación "a la totalidad de los derechos fundamentales". Y para aproximarse a la idea de "contenido esencial", dice el TC ya en una temprana sentencia en la que llevó a cabo la que algún autor ha llamado la "formulación canónica"<sup>1678</sup> del contenido

<sup>1677</sup> No corresponde aquí estudiar los "límites de los límites" específicos de cada derecho fundamental, como la prohibición de censura respecto de las libertades del art. 20 CE o respecto del derecho de entrada y salida libre de España de los españoles, la prohibición de limitarlo "por motivos políticos o ideológicos", etc.

<sup>1678</sup> Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid,

esencial, "cabe seguir dos caminos":

- "El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales".

- "El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

Pero el TC acude en realidad a una metodología mixta o híbrida. En efecto: "Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por 'contenido esencial' de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse"<sup>1679</sup>.

---

1990, p. 142.

1679 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8º; también, SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º; 161/1987, de 27 de octubre, FJ 5º; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5º; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11º; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b).

## B.- Posiciones en la doctrina

Trasladando la problemática que se plantea en el Derecho alemán, se discute entre nosotros si el "contenido esencial" de los derechos fundamentales ha de entenderse en un sentido absoluto o relativo. La comprensión del contenido esencial como núcleo absoluto (dentro del que un análisis de la justificación de una intervención resultaría superfluo, pues toda intervención en ese núcleo estaría por definición excluida) es entre nosotros absolutamente mayoritaria. Destaca entre sus defensores Prieto Sanchís. Caracteriza este autor al "contenido esencial" de los derechos fundamentales como "concepto o valor absoluto"<sup>1680</sup>: "toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho", que no puede sacrificarse totalmente "nunca, en ningún caso"<sup>1681</sup>. Para este autor, "la cláusula del contenido esencial constituye un símbolo, pero un símbolo dotado de operatividad jurídica, destinado a recordar a todos los órganos primarios, y en particular al Tribunal Constitucional, la función básica de las libertades en nuestro sistema y la necesidad de tomarlas en consideración con preferencia a cualquier otra norma o valor constitucional relacionado con la ley o medida enjuiciada"<sup>1682</sup>. Este modelo es asumido expresamente por Peces-Barba, entre otros, quien considera, además, respecto a la cláusula del contenido esencial: a) que "es algo interno a los derechos, y se constituye desde esta perspectiva en su garantía interna", algo con lo que, francamente, no se entiende muy bien qué es lo que se quiere expresar, pues todo "contenido" es *per definitionem* interno; b) se trata "de un mecanismo que se proyecta tanto en la garantía de la

---

1680 Se trata de un valor absoluto que, en cierto modo, "representa la traducción positiva de aquella pretensión de fuerza irresistible que atribuyen a los derechos humanos las concepciones más iusnaturalistas o ajenas a la realidad del ordenamiento jurídico".

1681 Incluso va más allá y sostiene que "en realidad, tampoco parece que ningún bien constitucional pueda ser absolutamente sacrificado; también aquí existe un tácito contenido esencial, cuyo respeto viene exigido por el principio de constitucionalidad".

1682 Luis Prieto Sanchís, *Estudios...*, cit., pp. 148 ss. No obstante, Prieto revisa, o cuando menos relativiza, su postura en un reciente trabajo, en que reconoce que el TC no se ha mostrado siempre fiel a la concepción absoluta que enunció en su primera jurisprudencia, y ello lo considera "comprensible" por ser el "contenido esencial" no un concepto indeterminado, sino simplemente: un "concepto impredecible", lo que potenciaría su identificación con aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con justificación suficiente", pues mientras "es posible argumentar acerca de la justificación o adecuación de una ley limitadora, la distinción entre lo esencial y lo accidental no deja de ser un tanto artificial y arbitraria, de modo que la cláusula se convierte en una especie de argumento en blanco", además de que "parecería en verdad sorprendente que tras reconocerse la necesidad de una ley limitadora en orden a la protección de algún bien constitucional o de otro derecho fundamental, se declarase luego ilegítima por vulnerar el núcleo del derecho". Luis Prieto Sanchís, "La limitación...", cit., pp. 439-441.

regulación como en la de la interpretación"<sup>1683</sup>; "aunque la cláusula parezca estar referida a la legislación, incide también en la actuación de los restantes operadores jurídicos"<sup>1684</sup>. También sostiene una concepción absoluta del contenido esencial Aguiar de Luque<sup>1685</sup>, para quien la cuestión habría quedado resuelta y cerrada por la STC 137/1990, que concibe al contenido esencial como algo diverso de la proporcionalidad: "todo acto o resolución que limite derechos fundamentales [...] ha de atender a la proporcionalidad [...] y, en todo caso, respetar su contenido esencial". También la posición de Cruz Villalón es favorable a una concepción en clave absoluta del contenido esencial<sup>1686</sup>.

Martínez-Pujalte, partiendo por lo demás de una concepción errónea de las teorías relativas<sup>1687</sup>, rechaza tanto estas últimas como las

1683 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso...*, cit., p. 512.

1684 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso...*, cit., p. 586.

1685 Luis Aguiar de Luque, "Los límites...", cit., p. 26.

1686 Pedro Cruz Villalón, "Landesbericht Spanien", en Christian Starck (ed.), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrespachtung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 204.

1687 No es correcta, por un lado, la caracterización que este autor hace de las teorías absolutas como sustentadas en una interpretación material del contenido esencial, frente a la interpretación formal propia de las teorías relativas y ello porque el principio de proporcionalidad no es un puro requisito formal, sino un requisito estrictamente material. Cfr. Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía...*, cit., p. 22. No es tampoco correcto, en segundo lugar, afirmar que la concepción mixta de Hesse sobre el contenido esencial coincida "sustancialmente con la teoría absoluta" (p. 24), sino que, precisamente al contrario, la concepción de Hesse, como se ha visto ya, coincide sustancialmente, más bien, con las tesis relativas, si bien las matiza con ciertos elementos propios de la concepción absoluta. Y sobre todo no es correcto sostener que conforme a las teorías relativas "cualquier justificación basada en otro bien constitucional permite la limitación de los derechos" fundamentales, de forma que tales derechos estén sujetos a una "irrestricta limitabilidad (pp. 28-29) en cuanto que con relación a "cualquier limitación de los derechos fundamentales es posible aportar una justificación basada en la Constitución" por cuanto que "la exigencia de justificación [es] un expediente fácil de cubrir" (p. 30). El principio de proporcionalidad, sin embargo, no es un mero requisito formal que dé cobijo a cualquier justificación basada en un bien constitucional, sino un control material que exige, primero, que cualquier limitación a un derecho fundamental aparezca justificada por un bien constitucional (que, aun entendiendo generosamente este concepto, hace referencia a una lista bien tasada de posibles fines justificadores, excluyendo los restantes, lo que no tiene nada de control formal); segundo, que para lograr la protección de dicho bien proporcional se empleen medios que resulten adecuados; tercero, que dichos medios sean, además, necesarios (y no lo serán si hay otros alternativos igualmente efectivos pero menos restrictivos del derecho fundamental); y cuarto, que sean medios ponderados por estar en una relación de equilibrio respecto de los bienes o intereses que los sustentan. Y todos estos requisitos, lejos de ser meros condicionamientos formales, plantean exigencias de carácter sustantivo a las medidas restrictivas de derechos fundamentales y basta con examinar con un detalle mínimo la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales español y alemán, o del propio TEDH, para comprender hasta qué punto ello es así y es, por ello, completamente falsa, e injusta, la apreciación de Martínez-Pujalte de que nuestra jurisprudencia constitucional permite apreciar que es posible encontrar una justificación constitucional para cualquier limitación a los derechos fundamentales. En suma, ni las teorías relativas son teorías

teorías absolutas del contenido esencial. Propone una nueva concepción del contenido esencial, al que considera nada menos que "la clave de bóveda del entero sistema constitucional de derechos fundamentales". Considera, por un lado, que la garantía del contenido esencial se proyecta tanto sobre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales como sobre su dimensión institucional y en este sentido viene a integrar las teorías objetivas y las subjetivas; y por otro lado, entiende que se trata de una garantía no meramente defensiva frente a la actividad limitadora del legislador, sino también un "mandato" para el adecuado desarrollo de los derechos fundamentales, para lo cual se basa en que en nuestro texto constitucional dicha garantía se hace por referencia, no a la "limitación" de los derechos fundamentales, sino a la "regulación" de los mismos, concepto éste más amplio que aquél<sup>1688</sup>. Entiende este autor el contenido esencial como "un mandato incondicionado a los poderes públicos de respeto al contenido de los derechos, mandato que se dirige también al legislador, que no puede por tanto limitar los derechos fundamentales; luego no hay lugar para un límite a su actividad limitadora pues esta última resulta vedada", ya que los únicos límites de los derechos son los límites internos<sup>1689</sup>: "los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos no pueden ser desvirtuados, alterados, limitados ni restringidos en modo alguno por los poderes públicos, aun cuando tengan razones que pudieran justificar esa actuación o cuenten para ello con el refrendo de la voluntad popular"<sup>1690</sup>.

Aba Catoira, por su parte, defiende una concepción absoluta por entender que "desde una posición democrática que postula la máxima efectividad de los derechos fundamentales (sic), sólo resulta aceptable la defensa de una concepción absoluta de la cláusula del contenido esencial por cuanto que la teoría o concepción relativa atiende principalmente a la limitación y no al contenido del derecho", lo que ha de ser rechazado "pues

---

formales, ni desde luego permiten "cualquier justificación" para la limitación de un derecho fundamental, sino que, por el contrario, someten a requisitos sustantivos rigurosos y a un control intensivo de racionalidad a toda medida restrictiva de un derecho fundamental.

1688 Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía...*, cit., pp. 27 ss.

1689 Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía...*, cit., p. 41.

1690 Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía...*, cit., p. 140. Esta concepción del contenido esencial no nos parece de recibo: 1º.- Por un lado, en cuanto parte de una aceptación amplísima de los límites inmanentes a los derechos fundamentales. Estos, en realidad, serían ilimitables. Esta tesis ya ha sido tratada y combatida en un momento anterior; 2º.- Concibe al principio como un mandato de desarrollo y protección por parte del Estado, con lo cual confunde el contenido esencial de los derechos fundamentales con la "obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos" por parte del Estado, que nuestro TC ha reconocido como derivación de su dimensión objetiva (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4º); 3º.- Pretende hacer operar a la garantía del contenido esencial no sólo frente al legislador, sino también, en contra de la literalidad del artículo 53.1 CE, frente a los restantes poderes públicos, algo que, sin embargo, también ha hecho el TC; 4º.- Nada aporta para saber qué hay que entender por "esencia" de los derechos fundamentales ni para hacer operativa la categoría estudiada.

el punto de partida lo han de constituir los derechos y no sus posibles limitaciones, ya que esto último resulta peligroso para el ejercicio pleno de los derechos y libertades"<sup>1691</sup>.

### C.- Posición propia y jurisprudencia constitucional más reciente

Por lo pronto, hay que empezar por reconocer que no resulta nada fácil definir qué se entiende por "esencia" de una cosa, cualquiera que ésta sea. Ya se preguntaba Borges, con toda razón, "qué significa esencialmente"<sup>1692</sup>; y ya también en la célebre obra de Exupéry uno de sus personajes decía que "la esencia no se ve".

Sea como sea, desde luego en el concreto ámbito de los derechos fundamentales la tarea no resulta fácil, al menos en el estadio actual de la ciencia jurídica y, como dice Jiménez Campo, son ya varias generaciones de juristas las que han intentado "descifrar el enigma"<sup>1693</sup>. Y ello no porque repelan a los juristas los conceptos abiertos o indeterminados. Más bien, podría decirse que tales conceptos encuentran su caldo de cultivo en el ámbito jurídico y en buena medida la evolución del Derecho no ha sido otra cosa que el desarrollo de técnicas diversas para operar con tales conceptos haciéndolos manejables y operativos<sup>1694</sup>. El jurista no repele ni puede repeler los conceptos indeterminados, y no puede hacerlo, desde luego, en el ámbito del Derecho Constitucional y, más en concreto, en el de los derechos fundamentales. Lo que ocurre con el concepto de "contenido esencial" de los derechos fundamentales es que no cuenta con la larga tradición jurídica de que se benefician otros conceptos jurídicos indeterminados, no sólo en el ámbito del Derecho Civil o privado, sino también en el del Derecho Público y, por lo que ahora interesa, en el de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no sólo no han sido creados *ex novo* por nuestra Constitución, sino que, en la mayor parte de los casos, cuentan con una muy larga tradición histórica que ha dotado a conceptos de otro modo muy imprecisos (conciencia, expresión, vida, honor, etc.) de unos contenidos más o menos bien determinados. No se cuenta con una tradición tal, en cambio, para la fijación del contenido esencial de los derechos fundamentales en general o de cada uno de ellos en particular.

En este contexto, para interpretar lo que sea el "contenido esencial" de los derechos fundamentales se han tratado de encontrar diversas vías, a las que ya hemos aludido. Para empezar, debe descartarse que la garantía del contenido esencial opere respecto de una

---

1691 Ana Aba Catoira, *La limitación de los derechos...*, cit., pp. 207 ss. y *La limitación de los derechos por razón del sujeto...*, cit., p. 49.

1692 Decía Jorge Luis Borges en el prólogo a su *Fervor de Buenos Aires* (en sus Obras completas, cit., tomo I, p. 33): "[...] he sentido que aquel muchacho que lo escribió [el libro] ya era esencialmente —¿qué significa esencialmente?— el señor que ahora se resigna o se corrige".

1693 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 69.

1694 Y así, en el ámbito del Derecho privado, la fijación de los llamados "elementos esenciales" de los distintos tipos contractuales no plantea problemas mayores.

"regulación" no limitadora del derecho fundamental, que es como interpretan De Otto o Martínez-Pujalte entre otros el art. 53.1 CE, que dice: "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades". Es patente que si la ley que regule los derechos "deberá respetar su contenido esencial" es porque tal ley puede establecer limitaciones a los derechos, pues de otro modo no habría ya conceptualmente necesidad siquiera de garantizar el contenido esencial de los derechos, contenido mínimo o indisponible que se garantiza justamente frente a la posibilidad de recortarlo, no frente a una actividad puramente configuradora, además de que el concepto jurídico de "regulación" de un derecho se refiere no sólo a su configuración positiva en sentido estricto, sino que incluye también la tarea de fijación de sus límites y así, por poner un ejemplo, las leyes "reguladoras" de la propiedad son las que regulan su contenido y también las que fijan sus límites (las que fijan su régimen jurídico). Y por último, si se atiende a otros preceptos constitucionales donde se hace referencia a leyes que "regulen" el ejercicio de un derecho fundamental concreto, resulta claro, desde nuestro punto de vista, que el concepto de regulación que emplean incluye también la tarea de fijación de los límites del derecho. En efecto, y de un lado, el art. 28.2 CE con relación al derecho de huelga dice que "la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad" y ello no es un contenido paralelo sin interferencia en el derecho de huelga, sino que esas garantías de los servicios esenciales de la comunidad se contemplan justamente como una limitación al derecho de huelga, pues se permiten las huelgas, pero siempre que queden garantizados los servicios esenciales de la comunidad que el ejercicio sin límites del derecho no garantizaría. Y de otro lado, todavía con mayor claridad, el art. 37.2 CE, tras reconocer el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, dice que "la ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá ...", de donde se deriva con cristalina transparencia que las leyes que "regulan" el ejercicio de un derecho pueden establecer limitaciones al mismo (y unas de ellas por cierto, serán las que deriven de la garantía del funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, que la ley deberá incluir según sigue diciendo el inciso entrecomillado más arriba). Todo ello impide de modo categórico, a nuestro modo de ver, considerar que la "la regulación" de los derechos del art. 53 CE frente a la que se garantizaría el contenido esencial no incluye la "limitación" de los derechos. Lejos de ello, tal garantía sólo tiene sentido, y sólo opera por consiguiente, precisamente respecto de aquella regulación de los derechos fundamentales de carácter limitador, no frente a la configuradora en sentido estricto, por más que la "configuración" en estado químicamente puro, por así decirlo, de un derecho fundamental es difícil que se dé, dada la inescindible conexión que se da con frecuencia entre configuración y limitación, al menos en la concepción aquí



defendida. Por lo demás, el TC ha dado por sentado desde los primeros momentos que la garantía del contenido esencial se aplica frente a la actividad "limitadora" del derecho, sin detenerse a argumentar por qué es así, por estimarlo sin duda obvio.

Partiendo, pues, de que la garantía del contenido esencial se refiere a los límites que puedan establecerse a los derechos y es, por tanto, un límite a los límites o una "barrera de barreras", hay que recordar que, como se ha expuesto en detalle en un momento precedente, en la doctrina alemana, de donde se toma esta garantía, se han propuesto básicamente dos concepciones de la misma, con múltiples variantes: las concepciones relativas y las absolutas, predominando entre nosotros con toda claridad estas últimas. Pues bien, desde nuestro punto de vista, y en contra de la interpretación más generalizada, sí no unánime, la única de esas vías que puede calificarse, a nuestro modo de ver, de una verdadera técnica a través de la cual se haga operativo ese concepto, con la suficiente y necesaria precisión y seguridad jurídica, es la que tiene lugar a través del principio de proporcionalidad. Así pues, a nuestro juicio, la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales supone, ante todo, una exigencia del respeto de la proporcionalidad en su limitación por el legislador<sup>1695</sup> y en este sentido nos identificamos básicamente con las llamadas teorías relativas. Creemos, además, y trataremos de demostrarlo, que es a estas teorías a las que, en la práctica, se ha apuntado nuestro TC, en contra de la interpretación que unánimemente se ha hecho de su jurisprudencia, y también sigue estas teorías el TC. en su construcción más general, por así llamarla, de la categoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que haya ciertas referencias en la jurisprudencia sin mayor significación en que no haya sido así.

Por tanto, creemos que también puede sostenerse en España que la garantía del contenido esencial tiene un valor meramente declaratorio o retórico, pues es una garantía que, en palabras de Häberle que suscribimos y extrapolamos al Derecho español, "no protege nada que no estuviera ya garantizado a partir de una visión global de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución y de su propia microestructura. Se trata tan sólo de una referencia abreviada, de un indicador para llamar la atención, de una advertencia a efectos de una serie de principios ya vigentes como los de la interdicción de desproporción, exceso o desmesura, la prohibición del absurdo ... (por ejemplo, la prohibición de poner en peligro la función social de los derechos fundamentales)". Aunque, como dice el mismo autor, este valor declaratorio de la garantía debe proclamarse "con una reserva": "Potencialmente debe la idea de contenido esencial —escrita o no— permanecer en la retaguardia del Estado constitucional; para supuestos

---

1695 A diferencia del principio de proporcionalidad, la garantía del contenido esencial ha de referirse exclusivamente respecto del legislador pues el tenor del artículo 53.1 CE es terminante al respecto: "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial..."

límite en que aparezcan nuevos peligros para lo esencial de los derechos fundamentales; en que se atente contra la cultura de los derechos fundamentales o cuando se corra el riesgo de perder planteamientos arduamente elaborados por la dogmática o la pretórica jurídico-fundamental de la jurisprudencia constitucional. Es entonces llegado el momento de desempolvar la cláusula del contenido esencial como freno y barrera contra una conducta de los poderes públicos vulneradora o atentadora de los derechos fundamentales"<sup>1696</sup>.

Por otro lado, como ya sabemos, junto a las concepciones relativas y absolutas sobre el contenido esencial, los autores alemanes suelen alinearse bien en una concepción objetiva (el derecho fundamental como instituto) o subjetiva del derecho fundamental como derecho subjetivo) acerca del mismo. Pues bien, desde nuestro punto de vista, el contenido esencial debe entenderse, en línea de principio, en clave subjetiva, esto es, como una categoría referida básicamente al derecho subjetivo, y no meramente al derecho en su globalidad, pues si bien los derechos fundamentales presentan, una dimensión objetiva o institucional de gran importancia, esa dimensión objetiva es secundaria respecto de su función de tutela de intereses subjetivos fundamentales, esto es, dicho en pocas palabras, la dimensión objetiva está al servicio de la dimensión subjetiva, no a la inversa. No obstante, esta preponderancia de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales para la determinación de lo que sea el contenido esencial no ha de ser absoluta ni ha de impedir que la concepción del contenido esencial en clave subjetiva pueda ser matizada o corregida con elementos de las teorías objetivas.

En efecto, las teorías subjetivas extremas conducirían a impedir, siempre y en todo caso, la supresión del derecho subjetivo fundamental en un caso concreto y si bien, por lo general, una limitación que suponga la privación absoluta de un derecho fundamental para un titular concreto de tal derecho será una limitación desproporcionada, no pueden excluirse supuestos excepcionales en que no sea así en atención precisamente a necesidades comunitarias, por lo que, en tales casos, se impone la consideración matizada del "contenido esencial" desde un enfoque objetivo que atienda a dichas necesidades comunitarias que exigen, o pueden exigir, la privación *in casu* de un derecho fundamental, sin que por ello su "contenido esencial" resulte violado, aunque del derecho no quede nada o casi nada para su titular (por ejemplo, en el caso de las penas de prisión<sup>1697</sup> o de muerte<sup>1698</sup>, del internamiento de enfermos mentales

---

1696 Peter Häberle, "El legislador de los derechos fundamentales", en Antonio López Pina (Dir.), *La garantía constitucional...*, cit., pp. 122-123.

1697 Aunque resulta obvio que el preso no goza de su derecho a la libertad, y ello es algo constitucionalmente admitido (art. 25 CE), véase, por ejemplo, STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6º A): "[...] pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena". No obstante, el TC ha tenido ocasión de señalar bien recientemente que no es admisible

peligrosos, o de la prohibición de la objeción de conciencia sobrevenida al servicio militar). Y por otro lado, debe tenerse siempre presente, para conocer el contenido esencial de los derechos fundamentales, como Hesse señala, la función de un derecho fundamental "para la vida social en su conjunto", pues "una limitación que suprimiese esta función no podría nunca ser proporcional"<sup>1699</sup>. En esta medida, las teorías subjetivas deben ser corregidas con las teorías objetivas a través de una concepción integradora de ambas, bien que con predominio de las primeras.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, hay que referirse en primer lugar a la STC 11/1981, de 8 de abril, en la que se sienta la doctrina de alcance más general sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales que ha dictado nuestro TC. Allí, como antes hemos visto, se señalaban dos vías complementarias para la determinación de qué es el contenido esencial de un derecho fundamental: a) una de las vías es la de atender a la naturaleza del derecho (recognoscibilidad del tipo abstracto, que preexiste a su reconocimiento en la CE, en la regulación concreta); b) la segunda vía consiste en atender a los intereses protegidos como núcleo del derecho<sup>1700</sup>. Aunque la doctrina con práctica unanimidad mantiene la posición contraria, desde nuestro punto de vista, es claro que:

a) ambas vías responden a una concepción subjetiva del contenido esencial, pues éste no se refiere a las normas que reconocen el derecho, ni alude a la vigencia social del derecho, sino que el contenido esencial lo es del derecho subjetivo fundamental reconocido por los diversos preceptos constitucionales. La proyección de esta doctrina al caso concreto lleva, así, al TC a hablar del "contenido esencial *del derecho* de huelga"<sup>1701</sup>.

b) también responden las dos vías, en contra de lo sostenido por la doctrina absolutamente mayoritaria<sup>1702</sup>, a una concepción relativa, y no

la doctrina de que "negada la libertad, no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, medidas que son sólo modificaciones de una detención legal, puesto que la libertad personal admite variadas formas de restricción en atención a su diferente grado de intensidad", por lo que, en el caso de los detenidos por delitos de terrorismo que son incomunicados, considera que dicha incomunicación "constituye una limitación del derecho a la asistencia letrada" del detenido (SSTC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4º, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º). Nada de ello afecta, sin embargo, a lo que en el texto se dice.

1698 Aunque la pena de muerte ya no existe en nuestro ordenamiento, la CE sigue permitiendo su imposición en tiempos de guerra.

1699 Konrad Hesse, *Grundzüge des...*, cit., p. 149.

1700 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8º.

1701 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10º.

1702 Esta interpretación de la Constitución o al menos de la jurisprudencia constitucional viene siendo prácticamente unánime entre nosotros, pero, desde nuestro punto de vista, no resiste la más ligera crítica, pues es claro que dicha jurisprudencia responde a una concepción relativa y no absoluta, como en el texto principal demostraremos. No nos resulta comprensible cuáles son las razones por las que la doctrina de manera generalizada ha interpretado la jurisprudencia constitucional en el sentido de que la misma ha asumido una concepción absoluta del contenido esencial, pues más allá acaso de algunas afirmaciones un tanto confusas, es lo cierto

absoluta, del contenido esencial. Y así, en el caso de la primera de las vías, se lee en la STC citada que el método señalado ha de atender "al momento histórico de que en cada caso se trata" y "a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas", expresión esta última que, desde nuestro punto de vista, bien puede considerarse como una alusión velada, consciente o no, al principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En cuanto a la concepción en clave relativa (esto es, conforme a las teorías relativas) del contenido esencial de los derechos fundamentales por parte de la segunda de las vías señaladas por el TC, también son suficientemente expresivas algunas de las palabras utilizadas por éste. Se dice, en efecto, que, según esta segunda vía de aproximación al contenido esencial, "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el

---

que tal doctrina jurisprudencial sigue patentemente una concepción relativa, y no absoluta, del contenido esencial. Sorprende más, si cabe, que interprete así la jurisprudencia incluso un magistrado de formación constitucionalista como Pedro Cruz Villalón, "Landesbericht Spanien", cit., p. 204 y, más recientemente, en su trabajo conjunto con Javier Pardo Falcón, "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, núm. 97, año XXXIII. En el mismo sentido, aparte de los autores citados ya en un momento anterior, véase Luciano Parejo Alfonso, "El contenido esencial de los derechos en la jurisprudencia constitucional", REDC, núm. 3, 1981, pp. 169 ss; Javier Barnes, "El principio de proporcionalidad...", cit., pp. 42-43 ss. Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa...*, cit., pp. 149 ss., se extraña, no obstante, ante el hecho de que el TC aplique el contenido esencial no sólo frente al legislador, sino también en el amparo y ello sin hacer por lo general el menor esfuerzo por identificar ese contenido en el caso concreto y partiendo de que toda vulneración del derecho no trae causa sino del menoscabo de su contenido esencial, algo que el autor estima erróneo. Y destaca también Medina que el uso del contenido esencial por el TC es "puramente discursivo" y en la práctica el TC ignora al contenido esencial, limitándose al examen de la proporcionalidad, lo que el autor critica, pues el contenido esencial debe ser un mecanismo autónomo de control de los límites. Sostiene así Medina que, si bien "a esta posición [la concepción absoluta] se escora claramente nuestro TC", en ciertos supuestos "es difícil resistirse a la impresión de que, en puridad, principio de proporcionalidad y contenido esencial son utilizados a estos efectos como si de términos sinónimos se tratase" por el TC. Sigue también, en fin, una concepción absoluta Alejandro Sáiz Arnaiz, *La apertura...*, cit., p. 236, para quien el contenido esencial del derecho fundamental parece estar constituido por las "facultades o posiciones jurídicas en ningún caso limitables". En medio de todo este panorama, resulta no sólo una excepción, sino un apoyo de autoridad a la interpretación "contra corriente" que en el texto principal hacemos de la jurisprudencia constitucional, la opinión recientemente expresada por Rubio Llorente, para quien se habría producido una evolución en la jurisprudencia constitucional sobre esta "oscura noción" del contenido esencial desde su concepción absoluta a otra relativa o relativista que viene a identificarlo con el principio de proporcionalidad, pues aunque la doctrina inicial de la STC 11/1981 sea reiteradamente invocada en muchas sentencias posteriores, "en los últimos tiempos, sin abandonarla explícitamente, el Tribunal parece inclinarse hacia una concepción relativista, en la que la definición del contenido esencial no puede hacerse *a priori*, sino sólo como resultado de un juicio sobre el caso concreto". Francisco Rubio Llorente, "La configuración...", cit., pp. 1340-1341. A nuestro modo de ver, sin embargo, no cabe hablar de evolución, pues, conscientemente o no, el TC no ha aplicado nunca la concepción absoluta del contenido esencial ni tampoco la STC 11/1981 respondía en realidad a tal concepción.

derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Es obvio que unas apreciaciones tales responden a una concepción del contenido esencial propia de las teorías relativas, que identifican el contenido esencial de un derecho fundamental con el contenido que resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad, de manera que sólo cuando se haga impracticable un derecho fundamental, o se lo someta a limitaciones u obstáculos que sobrepasen "lo razonable" o lo despojen de la protección necesaria estaremos ante una afectación del contenido esencial.

Pero lo que pone de manifiesto con toda claridad que el TC sigue una concepción relativa es la proyección de esa doctrina general en la propia STC 11/1981 al caso concreto, pues, tras señalar que "el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir", sostiene el TC que la anterior apreciación "no excluye por sí sola que el legislador al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo pueden resultar abusivas, como es posible que remita este juicio en determinados casos a los tribunales de justicia"<sup>1703</sup>, lo que hace patente, desde nuestro punto de vista, que el TC opera con una concepción relativa, pues el legislador puede introducir limitaciones en lo que, apriorísticamente, puede considerarse como contenido esencial del derecho. Luego, en la propia sentencia, el TC no duda en examinar determinados requisitos procedimentales para el ejercicio del derecho fundamental y, en concreto, la exigencia de un referéndum obligatorio y previo entre los huelguistas. Tras examinar posibles justificaciones del mismo, el TC concluye que "carece de justificación [...], opera como una pura medida impeditiva del derecho que va más allá del contenido esencial y debe por ello considerarse inconstitucional", lo que justifica ampliamente con respecto a su regulación concreta<sup>1704</sup>. Ello responde con toda claridad, desde nuestro punto de vista, a una concepción relativa del contenido esencial.

La doctrina anterior puede considerarse algo así como una "manifestación de principios" del TC sobre el contenido esencial, la doctrina básica, pues desde entonces el TC no ha dedicado más esfuerzos a concretar el concepto general de contenido esencial de los derechos fundamentales y se ha remitido siempre a la STC 11/1981 como. Y esta doctrina que se toma como punto de partida por el TC responde, en nuestra concepción, a una teoría relativa y subjetiva acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales. Y aunque desde luego no faltan tampoco pronunciamientos que, por lo general aislados de su contexto aplicativo, pueden interpretarse en clave absoluta<sup>1705</sup> e

---

1703 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10º.

1704 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 16º.

1705 Pero estos pronunciamientos aislados carecen de relevancia porque las afirmaciones que contienen que podrían entenderse como alineadas con una

incluso objetiva<sup>1706</sup>, el grueso del corpus jurisprudencial posterior a ese *leading case* del año 1981 viene, a nuestro juicio, a abonar y confirmar la tesis de que el contenido esencial se concibe por el TC en clave relativa y subjetiva. Y así, en una sentencia de 1994, tras reconocer que el derecho fundamental del art. 23 CE es un derecho de configuración legal<sup>1707</sup>,

---

concepción absoluta del contenido esencial, que sería un *tertium genus* respecto de la proporcionalidad, no tienen nunca consecuencia o efecto práctico alguno, ni siquiera en el examen por el TC. Es significativa, por ejemplo, la STC 57/1994, de 28 de marzo, FJ 6º, donde teóricamente se distingue entre la proporcionalidad de la medida y el respeto al contenido esencial, pero luego el TC en la práctica sólo examina su proporcionalidad, sin cohibirse, por lo demás, en declararlo así expresamente: toda medida limitativa de derechos fundamentales ha de ser necesaria, "ha de atender a la proporcionalidad [...] y en todo caso ha de respetar su contenido esencial [...] Por lo que ha de analizarse, a la luz de esta doctrina, si una medida como la impugnada en el presente caso, se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención de la situación de aquél al que se le impone" (cursiva nuestra). Suele citarse también la STC 196/1987, de 11 de diciembre, en la que se analizaba la constitucionalidad de la previsión legal de que el detenido incomunicado no puede elegir abogado de su confianza debiendo ser asistido por Letrado de oficio y el TC sostiene que tal elección de abogado no se incluye en el contenido esencial, aunque sí en el contenido normal, del derecho fundamental del art. 17.3 CE (FJ 5º) y luego analiza si esta "indudable restricción del derecho," en su contenido normal, que no esencial, es razonable y proporcionada, para lo que atiende al fin perseguido por la norma y la proporcionalidad respecto de dicho fin de la concreta restricción, en un examen detallado (FFJJ 6º y 7º). Pero es significativo que, además de ser un caso aislado, frente a esta sentencia se elevaron dos votos particulares suscritos por cinco magistrados en los que se prescinde por completo de operar con la categoría de contenido esencial y se considera que tal restricción del derecho del art. 17.3 era inconstitucional por no ser ajustada o proporcionada a la finalidad pretendida.

1706 En efecto, en la citada STC 196/1987 de 11 de diciembre, el TC considera que la elección de abogado de confianza no forma parte del "contenido esencial" del derecho, del que sólo forma parte la "efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al de libre designación". Pero como atinadamente le reprochan los Magistrados señores De la Vega y Díez-Picazo en uno de los votos particulares a la sentencia "el patrocinio del Abogado -que nació como un honor y como una generosidad hacia los débiles, los impecunes y los caídos en la delincuencia, y que ahora constituye un derecho de la persona llamada ante la justicia- es o se fundamenta en una relación de confianza, pero de la confianza de la persona en el Abogado, no de la sociedad o de la ley en un servicio de Letrados de Oficio, por mucho que todos los anotados en esa prestación social gocen de la adecuada preparación e incluso disposición del ánimo para la defensa desinteresada. Porque no se trata de una 'defensa objetiva', sino subjetiva- la del interesado detenido, frente a la esa sí, objetiva, de la sociedad. La defensa de oficio tiene evidentes connotaciones o similitudes con la noción de servicio público, que bastaría para satisfacer la necesidad de una mera presencia de Abogado, pero no el apoyo moral y ayuda técnica en la que consiste la función del Letrado, y a la que, por otro lado, se refiere la sentencia".

1707 "[...] si bien tal permanencia en la función o cargo público forma parte del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, se trata de un derecho de permanencia en un

señala el TC que: "ello no significa *que* el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho sea el que en cada caso resulte de la legislación vigente; el derecho de acceso a las funciones y cargos representativos se impone también, en su contenido esencial, al legislador, de tal manera que el legislador no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, *no se ordenen a un fin legítimo, en términos proporcionados a dicha finalidad*"<sup>1708</sup>.

También viene a confirmar, desde nuestro punto de vista, la adopción de un criterio relativo en el entendimiento del "contenido esencial" por la jurisprudencia constitucional la reciente STC 91/2000, sentencia que ya hemos comentado en un momento anterior. No obstante, recordaremos que en ella el TC parte de la posibilidad de que los poderes públicos españoles lesionen "indirectamente" los derechos fundamentales en su actuación extraterritorial, o al reconocer, homologar o dar validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras. Y para garantizar que ello no sea así habrá que operar con un contenido *ad hoc* para las actuaciones *ad extra* de las autoridades nacionales. Mientras para las actuaciones *ad intra*, el contenido que se utiliza como parámetro es el "contenido esencial" proclamado por el art. 53 CE, en el caso de las actuaciones *ad extra* tal contenido es otro de "validez universal", contenido que construye el TC en torno al concepto de dignidad humana tanto en lo que se refiere a los derechos abarcados, como al concreto "contenido" de cada uno de ellos, que hay que definir partiendo del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege "para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos, para lo cual tienen especial importancia la DUDH y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, muy singularmente el CEDH en su interpretación por el TEDH, como se deduce del art. 10.2 CE"<sup>1709</sup>. Ese contenido que se *proyecta ad extra* es *sólo* el "núcleo irrenunciable" del derecho inherente a la dignidad de la persona<sup>1710</sup> y no puede identificarse con el "contenido esencial".

Pues bien, lo que aquí importa destacar es que a dicho contenido el TC lo designa como "contenido absoluto" y ello en contraposición al "contenido esencial" que se utiliza como parámetro de validez *ad intra*, lo cual es altamente revelador e implica, *a contrario sensu*, que el "contenido esencial" no es para el TC un contenido

---

status cuyas condiciones habrán de venir decisivamente determinadas por la propia voluntad democrática del Estado. Esto es lo que ha querido decir la Constitución al remitirse a 'los requisitos que señalen las leyes'". STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6º.

1708 STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6º.

1709 STC 9/2000, de 30 de marzo, FJ 7º.

1710 STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8º.

"absoluto", sino sólo relativo". Habría como tres círculos concéntricos: uno, el contenido absoluto inherente a la dignidad humana, que sería un contenido absoluto y que sería el "núcleo irreductible" del derecho fundamental ligado a la dignidad humana y que vincularía *ad extra* a los poderes públicos nacionales; otro, que incluiría al anterior, pero de mayor radio, que sería el "contenido esencial" del derecho fundamental y que sería un contenido relativo; y un tercero, que sería el contenido que el legislador diese al derecho fundamental y que siempre tendría que ser de radio mayor que el segundo o, cuando menos, coincidente con él. Lo único que a nosotros nos parece altamente dudoso es que el primer círculo pueda contener un verdadero contenido "absoluto". Si se lee bien la sentencia que comentamos, es claro desde nuestro punto de vista que incluso el llamado "contenido absoluto" no es tal, sino un contenido determinado en función de ponderaciones y valoración proporcionada de las circunstancias concurrentes. Al margen de que se esté o no de acuerdo con los concretos resultados a que llega el TC, el método que sigue nos parece acertado, si bien el mismo no se compadece con la calificación de tal contenido como "absoluto", pues tampoco la dignidad de la persona lo es propiamente, en cuanto pretenda dársele un contenido concreto.

Y por otra parte, parece también discutible que sea posible menoscabar el contenido esencial de un derecho fundamental sin menoscabar al mismo tiempo la dignidad humana, que es la premisa mayor de que parte el TC con esta construcción del "contenido absoluto" de los derechos fundamentales. A nuestro modo de ver, en realidad tanto el contenido que se proyecta *ad intra* como el que lo hace *ad extra* de los derechos fundamentales es un contenido ligado a la dignidad de la persona y no es, en ninguno de los dos casos, un contenido "absoluto" sino relativo, a determinar por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad. Lo que ocurre es que las exigencias de tal principio no son las mismas respecto de los poderes públicos nacionales, como destinatarios naturales y expresos de los derechos fundamentales, que respecto de autoridades extranjeras, a las que tales derechos vinculan, y por cierto no sólo como bases objetivas del ordenamiento constitucional como sostiene el TC sino también como derechos subjetivos fundamentales o derechos humanos, pero les vinculan en un grado menor, pues se trata de una excepcional aplicación extraterritorial de una norma constitucional. Y es precisamente la aplicación del principio de proporcionalidad la que permite partir de una presunción *iuris tantum* de respeto de tal núcleo último por los poderes públicos extranjeros cuando estos lo sean de un país que pertenece al CEDH desde hace tiempo considerable. En el fondo, y más allá de las afirmaciones *in abstracto* de la sentencia, ésta es la concepción a que responde la STC 9/2000, al margen de que se compartan o no en su integridad sus razonamientos particulares.

Y en otra sentencia reciente, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, señala el TC que, respecto a las limitaciones legislativas de la



legitimación procesal, el TC "debe limitarse a constatar que las limitaciones establecidas respetan el contenido esencial del derecho a acceder a la tutela y más *en concreto, que existe una justificación razonable de los límites impuestos y que éstos resultan proporcionados a la consecución de esas finalidades constitucionalmente lícitas [...]* Dos son por tanto, en último término, las condiciones que debe cumplir la limitación por el legislador de la legitimación de sujetos singulares a la impugnación de normas convencionales colectivas: *que exista una justificación constitucionalmente lícita de esa privación de acceso y que el sacrificio impuesto a los particulares en su derecho de acceder a la justicia es proporcionado a tal fin*"<sup>1711</sup> (cursiva nuestra). Y, en fin, por poner otro ejemplo significativo, en la primera sentencia sobre la televisión local por cable, se consideró que la prohibición absoluta de emisión de dicha modalidad televisiva que se derivaba de la ausencia de regulación legislativa constituía "un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta, que, *en razón de la publicatio* de la actividad de difusión televisiva, podrían dar cobertura suficiente a una limitación, pero en ningún caso a una supresión de la libertad de comunicación", como la que era del caso, que implicaba "el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación"<sup>1712</sup>, pese a lo cual no se contiene en la sentencia ninguna referencia al contenido esencial del derecho, en un supuesto de tan clara aplicación del mismo, sino que el TC declara la inconstitucionalidad simplemente por desproporcionada.

Pero precisamente casos como este último, junto a otros ya vistos, ponen de relieve, a nuestro juicio y como ya hemos adelantado, la necesidad de matizar o corregir ligeramente la comprensión de partida del contenido esencial desde los presupuestos de las teorías relativas-subjetivas tomando algunos elementos de las teorías objetivas, que han de jugar un papel complementario en el sentido ya indicado en un momento precedente. Ello es especialmente así en el caso del derecho de propiedad, por lo que nos parece correcta la siguiente doctrina del TC: "En efecto, la referencia a la función social como elemento de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido en su ejercicio únicamente a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros, o el interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y

---

1711 STC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3º.

1712 STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7º.

obligaciones, establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello la fijación del 'contenido esencial' de la propiedad privada, no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a la misma subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen por tanto inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes<sup>1713</sup> [...] Por ello, y aunque nuestro Texto constitucional no contenga ninguna previsión específica en relación con la propiedad agraria, al contrario de lo que ocurre con otros tipos de bienes inmuebles o recursos naturales (arts. 45 y 47), debe rechazarse [...] la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada en general y de la propiedad agraria en particular<sup>1714</sup>. Cuestión distinta, insuficientemente debatida entre nosotros, es la relativa al criterio o criterios de diferenciación entre la expropiación (indemnizable) y la limitación basada en la función social de la propiedad<sup>1715</sup> y a si ésta última es realmente una limitación o, como

---

1713 Así, por ejemplo, la función social de la propiedad rústica está emparentada con la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal y regional más equitativa (art. 40 CE), con el mandato de velar por la calidad de vida y el medio ambiente (art. 45 CE), con la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE) y con la exigencia de modernizar y desarrollar todos los sectores económicos y, en particular, la agricultura y la ganadería (art. 130 CE). Y la función social de la propiedad urbana se halla ligada a la protección de la estabilidad del domicilio familiar y de la misma familia (art. 39.1 CE) y al derecho a disfrutar de una vivienda digna (art. 47 CE).

1714 STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º.

1715 En la jurisprudencia alemana, para delimitar la EF (indemnizable) de una mera determinación de la función social del derecho de propiedad se han mantenido diversas teorías, que sintéticamente expuestas, y sin entrar en casuismos, serían las siguientes: a) El Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) defiende la *modifizierte Einzelakt- oder Sonderopfertheorie*, según la cual en el caso de la expropiación se trataría de una intervención estatal obligatoria legalmente admitida por la que se afecta desigualmente a los perjudicados por ella en comparación con otros y obliga a un sacrificio especial no exigido a los demás ciudadanos a favor de la colectividad; b) El Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), por el contrario, ve el criterio diferenciador de la EF y la función social en los criterios materiales de la gravedad, alcance e intensidad de la intervención (*Schwere- oder Zumutbarkeitstheorie*): cuando una intervención en la propiedad es razonable se trata de una regulación de su función social; cuando no lo es, sino que es especialmente grave o intensa, estaremos ante una expropiación; c) Hoy en día se tiende más bien a una teoría mixta que vincula a las dos anteriores (*Verbindungstheorie*): Existe una

podría deducirse del art. 33 CE, una verdadera “delimitación” del contenido esencial del derecho<sup>1716</sup>. Sea cual sea la postura al respecto, lo

---

expropiación cuando a un ciudadano se le impone un sacrificio en su derecho de propiedad irrazonable y desigual al de los demás ciudadanos y por ello existe una intervención en el derecho grave y excesiva; por el contrario, si la intervención del poder público no conlleva ningún sacrificio especial desigual ni es ninguna intervención excesiva o especialmente grave, no habrá EF sino sólo regulación de la función social de la propiedad, una definición abstracta de su contenido no indemnizable. Sobre ello, con citas jurisprudenciales, véase la clarificadora exposición de Alfred Katz, *Staatsrecht*, cit., p. 398.

1716 En efecto, si se atiende a la redacción del art. 33 CE, resulta que dicha función social “delimitará” el contenido del derecho de propiedad y así lo resalta en ocasiones (así, en la STC citada en el texto) el TC, lo que vendría a significar que la “función social” no es un límite del derecho de propiedad, sino una “delimitación” del mismo o, si se prefiere, un límite intrínseco o inmanente del derecho, con la importante consecuencia de que los supuestos que aparezcan cubiertos por esa función social del derecho no serán supuestos de ejercicio del derecho fundamental excluidos por la correspondiente restricción, sino que serán supuestos no cubiertos, ni siquiera “prima facie”, por el derecho a la propiedad, sino excluidos ya “a priori” de su ámbito normativo. Ésta no es, sin embargo, pese a algunas afirmaciones en sentido contrario, la concepción a que responde nuestra jurisprudencia constitucional. Es significativa, a este respecto, la STC 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4º: “Este Tribunal ha declarado (STC 37/1987) que ‘la CE reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.

Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes’ (FJ 2º). Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así arts. 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1 entre otros). Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho”. Pero es claro que la declaración constitucional de que la propiedad ha de venir delimitada por su función social ha tenido de hecho un peso importante en la jurisprudencia constitucional a la hora de debilitar las exigencias constitucionales comunes a la limitación de un derecho fundamental, tanto en lo que a la reserva de ley respecta como, especialmente, en la aplicación del principio de proporcionalidad. En Alemania Hesse señala que el hecho de que la reserva de ley autorice al legislador a la determinación del contenido de la propiedad no significa que se le entregue el poder para determinar qué es y qué no es conforme con la garantía *constitucional* de la propiedad, sino más bien un encargo de conformación legislativa, implicando la vinculación social de la propiedad que la protección de ésta será mayor cuanto más en juego esté la libertad individual y, por el contrario, será menor esa protección —y mayor la vinculación social— cuanto más esté el objeto de la propiedad en una relación social y pueda cumplir una función social. En

que resulta clave es que la posición individual protegida por el derecho no puede ser desconocida so pretexto de una dimensión objetiva del mismo. Así, con relación también a la propiedad, dice el TC en la STC 227/1988, de 19 de octubre, FJ 11º, que "la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente. Pero no puede olvidarse que, de manera semejante a lo que ya dijéramos en la STC 37/1987 sobre el derecho de propiedad, la fijación del contenido esencial "no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales" que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo".

Por último, hemos de precisar que la concepción relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales ha de verse matizada mediante el reconocimiento de su "función de reserva" en la "retaguardia" del Estado de Derecho, por utilizar las expresiones citadas de Häberle.

En lo que se refiere a quien está obligado por el "contenido esencial" de los derechos fundamentales, resulta claro que el tenor literal del art. 53.1 ha de llevar a sostener que obliga únicamente al legislador, pues es un límite a la regulación del derecho fundamental, que "sólo por ley" puede tener lugar. Es sabido, sin embargo, que el TC utiliza la noción de contenido esencial también frente al juez<sup>1717</sup>. Esto último es defendido en la doctrina, como ya hemos visto, por Peces-Barba<sup>1718</sup> entre otros, mientras que otros autores señalan que se trata de una utilización retórica y errónea por parte del TC del concepto de contenido esencial, pues éste obliga "sólo al legislador (STC 123/1983, FJ 3º)"<sup>1719</sup>. Esta última posición es, desde nuestro punto de vista, la correcta. La vinculatoriedad frente al Poder Judicial se explica en cuanto que, en el fondo, y pese a algunas afirmaciones sin concreciones reales, el contenido esencial se identifica o confunde con el principio de proporcionalidad y, como éste sin duda se aplica no sólo frente al poder legislativo sino también frente al juez, la Administración o los particulares, ello lleva a aplicar el contenido esencial también en todos estos casos. En puridad no debería ser así si el contenido esencial tuviera, en la práctica, algún significado distinto al principio de proporcionalidad. Como no es así, lo que ocurre es que hay

---

todo caso, la garantía constitucional de la propiedad exige que su vinculación social sea proporcionada. Cfr. Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., p. 194. Existiría, además, una suerte de efecto recíproco o intercambio entre la intensidad de la restricción de la propiedad y las exigencias derivadas del bien común. Alfred Katz, *Staatsrecht*, p. 395.

1717 Por ejemplo, STC 164/1996, FJ 3º.

1718 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso...*, cit., p. 586.

1719 Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 68.

que levantar el velo y comprobar cómo en todas esas hipótesis en que el TC sostiene la aplicabilidad de la idea de contenido esencial frente a otros poderes públicos diversos del legislador, o incluso frente a particulares, el TC aplica en realidad la idea o el principio de proporcionalidad o razonabilidad, que, este sí, se aplica frente al legislador, pero también frente a los jueces, la administración o los particulares. En realidad, era así como había también que interpretar el artículo 62.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en su redacción originaria de 1992, que declaraba nulos, entre otros, los *actos administrativos* que lesionaran el "contenido esencial" de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. La fórmula era ciertamente desafortunada y las fuertes y abundantes críticas que recibió de parte de la doctrina administrativista influyeron sin duda en el legislador, que dio una nueva redacción a dicho precepto en 1999. Pero la fórmula legal era desafortunada no tanto por utilizar el concepto indeterminado de "contenido esencial", que no había otro remedio que interpretarlo como referido a los actos que no respetasen el principio de proporcionalidad, cuanto porque aplicaba la categoría del contenido esencial a la Administración, cuando el art. 53 lo consagra sólo frente al legislador. Pero si, por un lado, el contenido esencial, en puridad, sólo vincula al legislador, como venimos sosteniendo, por otro lado, desde el momento en que se identifica, hasta la confusión, al contenido esencial» con el principio de proporcionalidad (y esto es lo que ocurre en nuestro Derecho), puede sostenerse ya que dicho "contenido esencial" vincula también, en sentido impropio, al juez o, como lo consagró explícitamente a nivel positivo el art. 62.1 LPC en su redacción de 1992, también a la Administración<sup>1720</sup>. En rigor, sin embargo, el "contenido esencial" vincula sólo al legislador y ésa es justamente la diferencia fundamental con el principio de proporcionalidad.

Concluyendo, diríamos que la cláusula del contenido esencial tiene su origen en Alemania, surgiendo con la finalidad de evitar un (nuevo) vaciamiento de los derechos fundamentales a través del legislador tal y como el que se produjo durante el período nazi y también al asumirlo nuestra CE, lo refirió en su art. 53.1 al legislador y sólo a él, en coherencia con su origen histórico y razón de ser. La cláusula del contenido esencial se refiere no a un contenido absoluto y objetivo, sino, por el contrario, básicamente subjetivo y relativo (confundiéndose así con el principio de proporcionalidad), sin perjuicio de ciertos *componentes* objetivos y de que pueda desempeñar una función de reserva en el Estado constitucional para deslegitimar constitucionalmente de un modo

---

1720 Resultaba curioso, no obstante, que, mientras el art. 53.1 consagra la garantía del contenido esencial de todos los derechos fundamentales (esto es, todos los del Capítulo Segundo del Título I), la nueva LPA afirmaba la nulidad sólo de los actos administrativos que lesionen el contenido esencial de los derechos fundamentales "susceptibles de amparo", que son sólo los de la Sección Primera del citado Capítulo Segundo, al menos en tanto que el legislador no extienda a los de la Sección Segunda el amparo, posibilidad hoy bien remota.

rotundo aquellas medidas legislativas que supongan una gravísima limitación de derechos fundamentales que se considere por el TC como absolutamente intolerable en un régimen democrático, por lo que su uso debería reservarse para hipótesis totalmente extremas, y aun entonces como categoría meramente retórica para subrayar la inconstitucionalidad plena de aquellas intervenciones legislativas desproporcionadas en los derechos fundamentales que pongan en peligro o en cuestión el sistema constitucional de derechos fundamentales. Fuera de estas hipótesis en que se utilizaría el contenido esencial con carácter retórico por el TC a modo de último recurso, en los demás casos su uso debería ceder ante el empleo de la categoría del principio de proporcionalidad, lo que no ocurre siempre en la jurisprudencia constitucional, que unas veces prescinde de su análisis, sin duda por estimarlo superfluo, pero en otras ocasiones sí utiliza la categoría para identificarla en realidad con el principio de proporcionalidad. Esto último no es incorrecto, pero por innecesario debería evitarse y reservar así la categoría de contenido esencial para las hipótesis más graves de limitación a los derechos fundamentales, que supongan un ataque al sistema constitucional de libertades como tal, sin perjuicio de que se advierta de esta posibilidad, que se traduciría en un efecto más político que jurídico.

## **VI.- SUPUESTOS ESPECÍFICOS O ESPECIALES DE LIMITACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **1.- La concurrencia de derechos fundamentales**

Como ya hemos señalado en un momento precedente, en ocasiones *una* misma conducta o situación de una persona encaja o puede considerarse inmersa en el ámbito normativo de *dos derechos fundamentales* al mismo tiempo y entonces hablamos de concurrencia de derechos fundamentales, supuesto que se diferencia de los conflictos o la colisión de derechos fundamentales en que en esta última hipótesis, habiendo concurrencia de dos derechos fundamentales o más, hay también pluralidad o dualidad al menos de titulares de tales derechos, mientras que en la hipótesis de lo que aquí llamamos "concurrencia" en sentido propio, hay un único titular de derechos fundamentales y es su conducta (o situación), única, la que encaja en el tipo de dos derechos fundamentales, si bien la concurrencia y el conflicto de derechos fundamentales no son situaciones incompatibles entre sí, sino que puede existir al mismo tiempo una situación de concurrencia y de colisión de derechos fundamentales.

En principio, parece razonable pensar que cuando exista una relación de especialidad entre los dos derechos fundamentales, el examen habrá de llevarse a cabo respecto del derecho fundamental "especial", pues es un principio general de aplicación de las normas que la regla especial deroga siempre a la general, pues ésta es la razón de ser misma de la especialidad. Y así, en los casos en que concurre el derecho fundamental a la igualdad y otro derecho fundamental que lleva consigo

un trato igualitario, ya sea expresamente (art. 23 CE)<sup>1721</sup> ya sea sólo implícita o tácitamente (art. 28 CE)<sup>1722</sup>, el criterio que sigue el TC es el de reconducción de la cuestión acerca de la existencia o no de discriminación al derecho fundamental que especifica la igualdad en un determinado ámbito y ello, a nuestro juicio, con buen criterio, por aplicación del principio de especialidad, ya que si el principio de igualdad consagra la igualdad como derecho fundamental con carácter general, cuando esa exigencia de igualdad se manifiesta en algún derecho fundamental concreto lo hace con carácter especial para el mismo. Todo ello con la salvedad de que la desigualdad que se denuncie se deba a uno de los concretos motivos de discriminación expresamente vedados por el art. 14 CE, pues entonces este último precepto sí que encontrará aplicación.

Puede también ocurrir que no exista duda de que una misma conducta (o situación) encaja en dos o más derechos fundamentales y no exista ninguna relación de especialidad entre los dos derechos en juego, en cuyo caso se impone un examen conjunto de los dos derechos fundamentales, incluso aunque se trate de derechos cuyas posibilidades de limitación sean bien diversas. Así, dice el TC: "Y es que el artículo 14, al proclamar la igualdad ante la Ley de todas las personas y prohibir cualquier discriminación por razón de 'religión', está mostrando un núcleo de conexiones de los artículos 16 y 14 CE" y procede, por ello, el TC "a estudiar el recurso desde esta conexión para indagar si en la conducta empresarial" judicialmente ratificada "se detecta violación del artículo 16

---

1721 STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4º: "Ante todo y con carácter previo a cualquier pronunciamiento sobre las pretensiones de los recurrentes, debe recordarse, de un lado, que este Tribunal viene manifestando desde su STC 75183 que, cuando la queja por discriminación se refiere a los supuestos comprendidos en el art. 23.2 CE, no resulta necesario invocar el art. 14 de la misma, por cuanto, al concretar el art. 23.2 la regla genérica de igualdad en relación con el acceso a la función pública, es éste el precepto que habrá de ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha vulnerado o no el principio de igualdad (SSTC 75/83, 50/86, 84/87 Y 86/87). Todo ello a no ser que la desigualdad denunciada se deba a concretos motivos de discriminación expresamente vedados en el art. 14 CE".

1722 Resume la doctrina de la que podemos llamar "reconducción tácita" la STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 3º: "La discriminación alegada por la trabajadora y que implica directamente a los arts. 14 y 28 CE, se reconduce al segundo de estos preceptos, como ya ha tenido ocasión de manifestar este Tribunal (SSTC 38/1981, FJ 5º; 197/1990, FJ 1º, y 134/1994, FJ 4º), tanto en relación a los recursos de amparo en que se ha alegado por el trabajador individual discriminación por razones sindicales (además de las Sentencias que se acaban de citar y, entre otras, SSTC 55/1983, 104/1987, 114/1989, 180/1994 u 85/1995), como en relación al contenido que implícitamente está contenido en el art. 28 CE de igualdad de trato, a nivel Colectivo [sic], entre sindicatos (SSTC 53/1982, 7/1990, 32/1990, 184/1991, 75/1992 y 168/1996). Esta reconducción de la discriminación al ámbito del derecho fundamental específicamente afectado para [sic: por] ella opera, igualmente, en el caso del derecho de huelga al concurrir identidad de razón para ello, tanto si se protege como derecho autónomamente reconocido en el art. 28.2 CE, como si se considera medio fundamental en la acción sindical (STC 11/1981)".

en conexión con el artículo 14<sup>1723</sup>. Y en la sentencia del caso "Mesa Nacional de HB" dice el TC: "En segundo lugar, conviene precisar de entrada que, en el presente caso, la alegación relativa a la conculcación de la libertad ideológica carece de argumentación autónoma, diferenciada de la referida a las libertades de expresión e información. En efecto, los recurrentes se limitan a sostener que la conducta reprimida penalmente era manifestación de la libertad ideológica, traducida en un acto de ejercicio de sus libertades de expresión e información. Por ello, aunque este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones que la libertad ideológica tiene un contenido propio, distinto al de las libertades que con ella colindan y de las que constituye soporte y fundamento (por todas, SSTC 20/1990, 120/1990 y 137/1990), es lo cierto que en el supuesto aquí examinado los demandantes de amparo no aportan elementos suficientes para poder llevar a cabo el enjuiciamiento autónomo que parece pedírseles", por lo que el TC realiza el examen conjunto de las libertades de expresión, información, ideológica y también, además, de participación en los asuntos públicos<sup>1724</sup>, sin perjuicio de una delimitación conceptual del ámbito normativo de cada uno de esos derechos fundamentales.

Un caso particular de concurrencia es el de la concurrencia de un derecho fundamental sustantivo y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Aquí el criterio general que sigue el TC es, en lo esencial, el del principio de especialidad en favor del derecho fundamental sustantivo afectado, lo que lleva a utilizar únicamente éste como parámetro y ello porque el parámetro de análisis de la conformidad constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales sustantivos es más estricto que el parámetro de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva, pues si la conformidad con éste exige únicamente la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, la de aquél requiere que dicho razonamiento respete el contenido constitucionalmente garantizado<sup>1725</sup> del derecho sustantivo de que se trate. En consecuencia, lo que hace el TC es analizar si se respetaron las garantías derivadas de las más estrictas exigencias de motivación inherentes al derecho fundamental sustantivo que resulte afectado en el caso particular y ello porque "en caso de verificarse su lesión, serían innecesario analizar la vulneración paralela del derecho a la tutela judicial efectiva, y, en caso de verificarse su respeto, habría que concluir, igualmente, la falta de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva"<sup>1726</sup>.

---

1723 STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2º.

1724 STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 13º.

1725 No obstante, cuando el derecho fundamental restringido es uno procesal, como el derecho a la prueba, y la restricción tiene lugar de manera oral y no escrita, la exigencia de motivación se debilita considerablemente. Véase, así, la STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 2º.

1726 Así, por ejemplo, STC 33/1999, FJ 2º.



## 2.- La colisión o conflicto de derechos fundamentales

Dada la indeterminación o, si se prefiere, amplitud de los “tipos”, supuestos de hecho o ámbitos normativos de los derechos fundamentales es fácil que colidan unos con otros. Y en tal caso, el Derecho tiene que intervenir pues no puede proteger simultáneamente, y en su plenitud, un principio A y su contrario B y cuando colisionan dos derechos A y B, de diferentes titulares<sup>1727</sup>, ello significa que la realización del uno se contrapone en mayor o menor medida a la del otro. Y el Derecho ha de intervenir para solucionar ese conflicto, bien haciendo sacrificarse a un derecho a costa del otro, que habrá de retroceder por completo, bien haciendo retroceder a ambos derechos a fin de lograr un equilibrio recíproco. Pues bien, antes de referirnos propiamente a estos conflictos o colisiones entre derechos fundamentales, dada la conexión inescindible que este fenómeno tiene con la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, nos referiremos brevemente a esta problemática tal y como la misma se plantea en nuestro sistema constitucional, aparte su dimensión procesal, ya tratada al hablar del concepto de intervención en los derechos fundamentales.

### A) Eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales y conflictos entre ellos

La llamada colisión de derechos fundamentales tiene tanta mayor importancia en la medida en que se reconozca, como hace nuestro TC y ya hemos visto, una eficacia, siquiera indirecta o mediata, de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, si bien no puede en absoluto establecerse una relación de identidad entre la *Drittwirkung* y la colisión de derechos fundamentales. Como señala Cruz Villalón, es característico de esa eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales o *Drittwirkung* “el contar de forma casi inexcusable con el problema del ‘conflicto de derechos’ o colisión de derechos. En efecto, mientras que por definición o, al menos en principio, el Estado no es titular de derechos fundamentales, la eficacia horizontal es eficacia frente a los particulares que son, por definición, titulares de derechos fundamentales<sup>1728</sup>”. Precisamente algún autor ha visto como uno de los problemas de la ‘Drittwirkung’ la proliferación del reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, con la consiguiente legitimación procesal activa para acudir en amparo de un derecho

---

1727 Los conflictos entre derechos fundamentales se diferencian de la concurrencia de los mismos, en que en este último supuesto hay un único titular de derechos fundamentales (que ejerce al mismo tiempo dos o más de ellos con una sola conducta), mientras que los conflictos o colisiones de derechos tienen como “prius” la alteridad y, más en concreto, la existencia de dos titulares de derechos fundamentales (que colisionan en su ejercicio).

1728 Cfr. Konrad Hesse, *Grundzüge...*, cit., p. 60.

fundamental, por ejemplo, un sindicato, una confesión religiosa o una asociación política. Desde luego, el problema de la eficacia horizontal es distinto del de la colisión de derechos fundamentales, y si hay momentos en los que casi se confunde (así la colisión entre la libertad de cátedra del profesor de un centro privado y la libertad del titular de dicho centro), hay otros en los que por la otra parte no hay ningún derecho fundamental en cuestión, más allá, claro está, del principio de autonomía de la voluntad en la determinación de las relaciones jurídico-privadas"<sup>1729</sup>.

Dejando a un lado la dimensión procesal del problema, así como la perspectiva histórica<sup>1730</sup>, y los presupuestos del surgimiento<sup>1731</sup> del

1729 Pedro Cruz Villalón, "Derechos fundamentales ...", cit., p. 106.

1730 Sobre ello es de destacar, no obstante, la exposición citada de Cruz Villalón. Señala este autor que, aunque se suele presentar la *Drittwirkung* como fruto de una ampliación del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales, que nacieron como derechos subjetivos de los ciudadanos frente al Estado (eficacia vertical) y se extenderían así también a las relaciones entre particulares (eficacia horizontal), lo cierto es que "este planteamiento, que puede considerarse general, debe ser, en buena medida, rechazado. Y debe serlo aunque sólo fuera para evitar caer en un error de perspectiva. Y es que, en efecto, podemos afirmar sin exageración que 'en el principio era la *Drittwirkung*'. Los derechos fundamentales a la 'libertad, seguridad, propiedad' surgieron como bienes jurídicos que el Estado tenía que garantizar en las relaciones entre los individuos y ello era lo que hace nacer y legitima al Estado, al poder político. Ello se logró a través de un Derecho civil y penal que definió las fronteras de lo tuyo y lo mío, a la vez que tipificó las penas de las correspondientes transgresiones de dichas fronteras, y a través de unos tribunales de justicia que aplicaran dichas leyes y a través de un poder ejecutivo dotado de medios suficientes para asegurar la vigencia de ese orden definido por las leyes y las resoluciones judiciales. "De este modo, la libertad (al menos determinadas libertades), la seguridad y la propiedad se afirmaron en el ámbito de las relaciones privadas al margen y sin ayuda del concepto de derechos fundamentales. Había, si se quiere, *Drittwirkung*', pero como el burgués gentilhomme que había hablado toda su vida en prosa sin saberlo, no se había suscitado la necesidad de ver esta protección desde la perspectiva de los derechos fundamentales". La cuestión es que hoy, cuando se habla de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales, no nos referimos, aunque no se suela aclarar, a derechos que nacieron como "bidireccionales", tales como la vida o la propiedad, sino más bien a derechos que inicialmente se piensan como "unidireccionales" (libertad de expresión, de asociación, de reunión, de huelga), "pero respecto de los que llega un momento en la evolución histórica en el que se considera que afectan también a las relaciones entre los particulares y, entonces, llegado ese momento, se trata de incardinarlos en el bloque de los derechos fundamentales". Pedro Cruz Villalón, "Derechos fundamentales...", cit., pp. 101-102.

1731 Esos presupuestos han sido abordados también por Cruz Villalón, quien señala tres de los más importantes: a) la existencia de una Constitución "normativa" y de una garantía procesal de los derechos fundamentales, pues mientras estos valieron en el marco de las leyes ninguna eficacia práctica podía tener la *Drittwirkung*; b) el surgimiento de grupos sociales muy poderosos que suponen o pueden suponer un grave peligro para los derechos fundamentales (los protagonistas del proceso económico, empresas, sindicatos; los monopolios de los medios de comunicación, etc.); c) la comprensión institucional de los derechos fundamentales, pues la Constitución establece un orden de valores no sólo para el Estado, sino en general para toda la comunidad, incluidas las relaciones entre particulares y, dentro de ese orden axiológico, a los derechos fundamentales les correspondería jugar un papel

llamado efecto frente a terceros de los derechos fundamentales, debe destacarse con Cruz Villalón que existe una cierta "tendencia al planteamiento de este problema como una 'cuestión de principio' por parte de los defensores de las dos posturas más simplificadas o radicales en torno al mismo. Así, para los partidarios de la 'Drittwirkung', la misma sería la única postura coherente con la proclamada posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico; lo contrario sería crear una especie de 'doble moral' en relación con los mismos, según se tratase de la esfera del Estado o de la sociedad. Por el contrario, para quienes rechazan esta eficacia 'horizontal', la 'Drittwirkung' constituye una amenaza potencial para el libre desarrollo de la personalidad y, en particular, para el principio de autonomía de la voluntad, respecto de la cual, la 'Drittwirkung' constituye una amenaza potencial para el libre desarrollo de la personalidad y, en particular, para el principio de autonomía de la voluntad, respecto de la cual, la 'Drittwirkung' operaría en forma de lo que algún autor ha calificado de 'metástasis cancerígena'; es, en una palabra, la corriente de opinión que se identifica con la denuncia de la llamada tiranía o 'totalitarismo de los valores'<sup>1732</sup>. Por otra parte, dentro de los partidarios de esta eficacia *inter privatos*, existe una contraposición entre los partidarios de la eficacia directa y la eficacia indirecta, como ya hemos visto en un momento precedente.

Pero la cuestión fundamental que la *Drittwirkung* plantea es, como Cruz Villalón subraya, la del "alcance posible y, quizá sobre todo, deseable de esta eficacia"<sup>1733</sup>. Para ello habría que distinguir entre derechos "bidireccionales" y derechos, en principio, "unidireccionales", pues si la eficacia frente a terceros está fuera de duda en el caso de los primeros (vida, propiedad), no ocurre así en el caso de los segundos. Por otro lado, la cuestión de si esa eficacia es directa o simplemente indirecta parece que ha de tener también su relevancia en cuanto al alcance material o sustantivo de esa eficacia, que tenderá a ser mayor en el primer caso que cuando, como ocurre en nuestro ordenamiento, se trata de una eficacia meramente indirecta. Y en tercer lugar, parece claro que la autonomía de la voluntad y la libertad de expresión han de suponer en todo caso una modulación de esa eficacia de los derechos fundamentales, siendo la cuestión fundamental la de la intensidad de esa modulación, cuestión que, sin embargo, no permite a nuestro modo de ver una solución genérica o global para todos los derechos fundamentales<sup>1734</sup>, ni tampoco

---

decisivo. Pedro Cruz Villalón, "Derechos fundamentales...", cit., pp. 103-104.

1732 Pedro Cruz Villalón, "Derechos fundamentales...", cit., p. 105.

1733 Pedro Cruz Villalón, "Derechos fundamentales...", cit., p. 100.

1734 Aunque sí pueden señalarse ciertos criterios generales o tendencias, lo cierto es que, una vez reconocida la eficacia frente a particulares, la cuestión que se abre es la de determinar con qué alcance concreto se reconoce, cuál es su intensidad, que es el quid de la cuestión y al que no puede darse ninguna solución mágica general. Así, en el ámbito laboral puede sostenerse que el TC parte de la "la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en

siquiera para un derecho fundamental en bloque, sino que ha de concretarse para cada aspecto de cada derecho fundamental y en función de las circunstancias del caso concreto. De ahí que no podamos aquí entrar en esta cuestión, que pertenece a la dogmática de cada derecho fundamental, pero debemos dejar apuntado que es una cuestión importante a tener en cuenta para conocer las posibilidades de que un determinado derecho fundamental colida con otro y, por tanto, para admitir la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales, conflicto que habrá de solucionarse conforme a lo que señalamos a continuación, sin perjuicio de las concreciones particulares que haya que hacer para cada derecho fundamental en concreto, en función de su propio contenido y de la eficacia que le reconozca el propio legislador frente a terceros<sup>1735</sup> o que

---

las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2º, cuya doctrina se reitera posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988, de 21 de enero, 129/1989, de 17 de julio, 126/1990, de 5 de julio, 99/1994, de 11 de abril, 106/1996, de 25 de noviembre, y 90/1997, de 6 de mayo). En consecuencia, y como también ha afirmado este Tribunal, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4º; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2º; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5º, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6º), perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994, FJ 4º, y 6/1995, de 10 de enero, FJ 2º)". "Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4º). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, FJ 7º, 6/1995, FJ 3º y 136/1996, FJ 7º). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22º)": STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 4º. Pero todo ello no nos dice nada acerca de cuál es la intensidad con que rige la igualdad o la libertad de expresión o el derecho de reunión en el ámbito laboral, que es algo que sólo en el marco de la dogmática de cada derecho fundamental podrá precisarse. Y las dificultades de generalización son todavía mayores cuando se trata de una eficacia *inter privatos* fuera del ámbito laboral.

1735 Por ejemplo, para el secreto de las comunicaciones, el art 3 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y Liberalización de los Servicios Postales: "1. En la prestación de los servicios postales, los operadores deberán garantizar el secreto de las comunicaciones, de conformidad con el art. 18.3 de la Constitución y el cumplimiento de lo establecido en el art. 55.2 de ésta y en el art. 579 LECrim. 2. Los operadores que presten servicios postales no podrán facilitar ningún dato relativo a la

le reconozca, o niegue<sup>1736</sup>, la jurisprudencia, siendo en cualquier caso de destacar la deficiente regulación legal de esta materia de la eficacia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado, tarea que incumbe primariamente al legislador como hemos dicho, pero de la que éste ha abdicado injustificadamente, optando por una delegación en la jurisprudencia, sin duda más cómoda, pero insatisfactoria desde los postulados de un Estado de Derecho y atendidas las limitaciones estructurales de la jurisprudencia en esa tarea.

## **B) La colisión de derechos fundamentales y su solución**

Debe destacarse, en primer lugar, que junto a los conflictos prototípicos, y más frecuentes, entre la libertad de expresión o la de información, por un lado, y el derecho al honor, o la intimidad, por otro, las combinaciones posibles de colisión o situación conflictiva entre dos derechos fundamentales son muy diversas: libertad de información y secreto de las comunicaciones<sup>1737</sup>, derecho al ideario propio del titular del centro y libertad de enseñanza de los profesores del mismo<sup>1738</sup>, el derecho de propiedad y la libertad de industria respecto del derecho al medio ambiente, la libertad ideológica (y de expresión) y el derecho al honor<sup>1739</sup>, el derecho a ser asistido de Letrado en el proceso y el derecho de la contraparte a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>1740</sup>, etc. Con todo, son abrumadora mayoría en la jurisprudencia, constitucional u ordinaria, los conflictos entre las libertades del art. 20 y los derechos del art. 18 CE. De ahí que la jurisprudencia se refiera fundamentalmente a este tipo de conflictos y que la doctrina que a continuación exponemos esté formulada en su mayoría respecto de estos conflictos. En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional referente a conflictos diversos a los de los

---

existencia del envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario ni a sus direcciones. Se aplicará, en su caso, lo previsto" en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal; o para la igualdad, el art. 511 CP.

1736 Por ejemplo, también respecto del secreto de las comunicaciones, la STS de 20 de mayo de 1997: "El art. 18 CE no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro; asimismo, el derecho al secreto de las comunicaciones, que, reiteramos, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco puede generar un efecto horizontal, es decir, frente a todos los ciudadanos, que implique la obligación de discreción o silencio de estos. Por tanto, pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que le comunicaron los acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la CE" y, por ello, las grabaciones realizadas por particulares cuando hablan entre sí no son constitutivas de delito, pues ambos están consintiendo en lo que hablan, aunque una de las partes —o las dos— estén grabando la conversación sin conocerlo la otra parte, sin perjuicio de que pueda vulnerarse, en cambio, el derecho a la intimidad.

1737 STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4º.

1738 STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 10º.

1739 STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2º.

1740 STC 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3º.

derechos de los artículos 18 y 20 CE permite apreciar que la doctrina sentada respecto de estos es aplicable también a otro tipo de conflictos de derechos fundamentales en sus líneas maestras, esto es, en el procedimiento de solución de los conflictos, aunque los criterios materiales de valoración y ponderación varíen naturalmente en función de los derechos enfrentados y en función, también, de las circunstancias del caso. El estudio particular de cada tipo de conflicto y los criterios materiales pertenece, sin embargo, a la dogmática o teoría de cada derecho fundamental y no será objeto de nuestras reflexiones en lo sucesivo, salvo de manera colateral y a título ejemplificativo.

Pues bien, la doctrina del TC señala que cuando nos hallemos "ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental"<sup>1741</sup> ha de aplicarse una suerte de "concordancia práctica"<sup>1742</sup>, aunque el TC no asuma esta designación explícitamente, "lo que significa que no necesariamente y en todo caso" ha de prevalecer el ejercicio de un derecho fundamental sobre el del otro, "sino que se impone una necesaria y casuística ponderación" entre las libertades fundamentales colisionantes<sup>1743</sup>. Es meridianamente clara en este sentido la STC 196/1987, que si bien se refiere a un conflicto entre un derecho fundamental y otros valores o bienes constitucionales, su doctrina con mayor razón resulta aplicable o extrapolable a los supuestos de conflictos entre derechos fundamentales: "la interpretación y aplicación de la Constitución, concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores" impone al legislador "el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren"<sup>1744</sup>.

---

1741 Junto a la terminología de "conflictos" de derechos fundamentales se encuentra otra que hace referencia a la "confrontación" (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 7º) de los mismos.

1742 El TC asume explícitamente el principio en la STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6º., pero lo cierto es que, aun sin mentarlo, la jurisprudencia lo aplica siempre.

1743 STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5º.

1744 STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7º. Aunque esta afirmación no se corresponde en realidad, desde nuestro punto de vista, con la doctrina sentada por el Tribunal en dicha sentencia. Se trataba de determinar la constitucionalidad de la prohibición de elegir Letrado de confianza a los detenidos incomunicados y el TC la considera constitucional por proporcionada en atención a la necesaria persecución y castigo de los delitos a fin de evitar que los incomunicados puedan transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio de ésta. Cinco magistrados formulan dos votos particulares. En el segundo de ellos, los Magistrados señores Begué Cantón, Latorre Segura y Leguina Villa consideran que la hipótesis de riesgo en que se basa la restricción del derecho fundamental del art. 17.3 sólo sería

Esta doctrina de la concordancia práctica se aplica incluso respecto del conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, pese a que la propia Constitución enuncia explícitamente al primero como límite de las segundas y no a la inversa. En efecto, dice el TC: "es cierto que el derecho al honor es considerado en el artículo 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del art. 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del art. 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan 'el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático' (STC 12/1982, de 31 de marzo)"<sup>1745</sup>.

Tomando como base la jurisprudencia constitucional recaída sobre los conflictos entre derechos fundamentales, y pese a las dificultades y riesgos que una generalización en este campo conlleva, trataremos de precisar, de manera sintética y sistemática, algunos criterios generales para la solución de conflictos entre derechos fundamentales y abordar, también, algunos de los problemas generales que aquí se plantean:

**I.- CONTROL CONSTITUCIONAL INTENSIVO Y DE FONDO DE LA MOTIVACIÓN:** Debe señalarse, en primer lugar, que la jurisprudencia constitucional exige a los tribunales ordinarios que conozcan de un asunto en que exista un conflicto entre dos derechos fundamentales "no sólo que ponderen explícitamente, antes de adoptar su decisión, los ámbitos respectivos de los derechos en tensión, sino que dicha ponderación se acomode, como exigencia ya sustantiva, a la propia configuración de tales derechos en la Constitución y en las leyes que los desarrollan, según la interpretación que expresa la doctrina de este Tribunal" (SSTC 20 y 40/1992) o, expresado de otro modo, deberá

---

excepcionalmente admisible en los supuestos de detenciones por hechos relacionados con el "crimen organizado", pero no en los demás casos, en relación con los cuales la medida prohibitiva resulta manifiestamente desproporcionada, pues no es lícito sospechar que, como regla general, todo Abogado libremente nombrado por una persona detenida o incomunicada haya de actuar deliberadamente en contra de la eficacia de la incomunicación acordada, sirviendo de enlace con terceros eventualmente responsables de los hechos delictivos que son objeto de investigación, debiendo además tenerse en cuenta que la prohibición de libre designación de Abogado no sólo se refiere a todos los supuestos de detenciones incomunicadas, sino que además se produce de forma automática, una vez que se haya decretado la incomunicación del detenido, sin que el Juez que ordenó dicha incomunicación pueda dispensar de la designación de Abogado por el turno de oficio en ningún caso. Estas consideraciones, que compartimos y con las que coincide sustancialmente el otro voto particular suscrito por otros dos magistrados discrepantes (penúltimo párrafo), responden más al principio de concordancia práctica que las formulaciones de la mayoría.

<sup>1745</sup> STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5º.

respetarse en la ponderación "la correcta valoración y definición constitucional de los derechos fundamentales en presencia, tarea que corresponde verificar a este Tribunal, que en esta función no está vinculado a las valoraciones efectuadas por el órgano judicial sometido a nuestro control" (STC 143/1991). Por todo ello, cuando estemos ante un conflicto entre derechos fundamentales, la competencia del TC no ha de limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales, perspectiva que correspondería sólo a la comprobación de si dichas resoluciones han o no infringido el art. 24.1 CE, sino que hay que atender a los derechos fundamentales sustantivos en conflicto<sup>1746</sup>. El TC no puede, entonces, constreñir su examen a comprobar simplemente si los órganos judiciales han efectuado la exigida interpretación de los derechos en juego y si ésta no es irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea, sino que deberá determinar si se han vulnerado los derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia ya que sus razones no vinculan al TC ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales.

**II.- PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN:** En segundo lugar, hay que decir que el criterio que se utiliza para resolver estos conflictos entre derechos fundamentales es el principio de proporcionalidad y el método a través del que se aplica es la ponderación. El principio de proporcionalidad, como hemos visto en un momento precedente, se descompone en tres subprincipios con un contenido preciso y técnico muy determinado y que son los llamados subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderabilidad. Pues bien, para resolver los conflictos entre derechos fundamentales se aplicaría exclusivamente este último subprincipio. Ello se explica porque los subprincipios de idoneidad y necesidad, como luego veremos, no se aplican en general a las relaciones *inter privatos* y en los casos de conflictos entre derechos fundamentales se trata siempre de relaciones de ese tipo, sino que tales subprincipios de idoneidad y necesidad se reservan más bien para aquellos casos en que ha habido una intervención del poder público en el derecho fundamental. Justamente por ello sí que debería, excepcionalmente, aplicarse el principio de proporcionalidad en su integridad, comprendiendo los criterios de adecuación y necesidad, en aquellos conflictos entre derechos fundamentales en los que ha mediado una intervención de un poder público, concretamente del poder judicial, para la tutela de uno de los derechos colisionantes afectando al otro: por ejemplo, el juez ordena un secuestro de una publicación o prohíbe la emisión de un espacio televisivo o radiofónico para proteger el honor o la intimidad de una persona<sup>1747</sup>. Y también debería aplicarse en las relaciones laborales, en las que se produce un conflicto, por más que no sea tratado como tal, entre los

---

1746 STC 134/1999, de 15 de julio.

1747 Cfr. STC 187/1999, de 25 de octubre.



derechos fundamentales del empresario (arts. 33 y 38 CE) y los del trabajador, pues la posición de supraordenación del primero y de subordinación del segundo implican una situación excepcional que justifica la aplicación de los criterios que rigen para las actuaciones de los poderes públicos, siquiera de un modo modulado y a apreciar en cada caso<sup>1748</sup>. E incluso en los casos en que no se aplique el principio de proporcionalidad estricta no puede descartarse que en la ponderación hayan de operar matizadamente los principios de adecuación y necesidad.

III.- EVENTUAL JERARQUIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: En tercer lugar, debe ser destacado que, en el juicio ponderativo a realizar a la luz del principio de proporcionalidad, tiene una extraordinaria importancia saber si existe alguna jerarquización entre derechos fundamentales de forma que pueda partirse, en algunos tipos de conflicto o en todos los posibles, de la preferencia inicial de algún derecho fundamental. En la doctrina, entre nosotros, Peces-Barba ha propuesto una jerarquización, que en lo que interesa aquí, la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, conduce a dicho autor a indicar que “deben prevalecer aquellos derechos que protegen al individuo y a su dignidad, que más contribuyan al pleno desarrollo de su dignidad, que tengan mayor extensión y aplicación a un número más amplio de personas, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona, o que más afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen a un sistema de derechos fundamentales”, si bien “el problema se presenta cuando el conflicto se dé entre estos criterios, donde habrá que ponderar en cada caso el problema y sus soluciones”. Y en cualquier caso, se trata sólo de criterios generales que marcan “unas guías para la interpretación”<sup>1749</sup>. Aun con este modesto objetivo, se trata de criterios absolutamente indeterminados, que más que contribuir a resolver conflictos entre derechos, pueden oscurecer su resolución.

En realidad, desde nuestro punto de vista, en los intentos de jerarquización debería distinguirse entre jerarquías rígidas o de preferencia incondicionada y flexibles o de preferencia meramente apriorística, de un lado; y entre jerarquías completas (que jerarquizan el entero sistema de derechos fundamentales de unos respecto de otros), jerarquías parciales (que establecen un orden de preferencia sólo de determinados derechos frente a otros, sin abarcar a todos ellos) y el otorgamiento de un valor jerárquico preferente a un derecho fundamental concreto respecto de otros. Pues bien, desde nuestro punto de vista, en nuestro ordenamiento constitucional podría establecerse una jerarquía “parcial” y (muy) “flexible”, a la par que formal, entre los derechos fundamentales de los arts. 14 a 29 CE (protegidos por el recurso de amparo y cuya reforma se sujeta a un procedimiento superagravado) y los de los arts. 30 a 38 CE, con un valor inicial superior de los primeros respecto de los segundos. No es posible

1748 Cfr. SSTC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7º y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 5º.

1749 Gregorio Peces-Barba, *Curso...*, cit., p. 595.

una jerarquización "rígida" de ningún tipo, pues una cuestión de tal importancia tenía que ser explícita en el texto constitucional o deducirse del mismo con meridiana claridad, lo que no es el caso.

En cuanto al establecimiento de un valor jerárquico preferente, ya sea rígido o flexible, la cuestión se plantea de un modo especialmente intenso respecto del que es el prototípico conflicto entre derechos fundamentales: el que tiene lugar entre las libertades de información y expresión, de un lado, y los derechos a la intimidad y al honor, por otro lado. Para dilucidar tan importante cuestión podría considerarse de importancia el tenor literal del art. 20.4 CE pues, al establecer el derecho al honor como límite expreso de las libertades de expresión e información y no ocurrir a la inversa en el artículo 18 sobre el derecho al honor, podría inducir a pensar en una preferencia, por lo menos *a priori*, de este último derecho. Pues el TC no ha seguido esa interpretación, ni tampoco siquiera ha partido de una posición paritaria entre las libertades del artículo 20 y el derecho al honor, sino que, por el contrario, ha resaltado, con inusitada insistencia, el "valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostenta la libertad de expresión y de información"<sup>1750</sup>, su "posición preferencial"<sup>1751</sup>, como derechos dotados de una "jerarquía institucional"<sup>1752</sup>, hablando en otras ocasiones de "libertad preferente" o "valor preferente"<sup>1753</sup>, "posición prevalente —aunque no jerárquica—"<sup>1754</sup>, "valor preponderante"<sup>1755</sup>, etc. De esta especial posición resultaría la consecuencia de que las restricciones que puedan derivarse de un conflicto de alguna de estas libertades con otros derechos fundamentales (a la intimidad o al honor) "deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información [o a la libertad de expresión] no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado"<sup>1756</sup>. Y lleva también a sentar la siguiente doctrina de extraordinaria importancia en el ámbito penal: "el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor penalmente sancionables, ya que la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi* para el enjuiciamiento de este tipo de delitos puesto que el valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostenta la libertad de expresión y de información, traslada el conflicto a un distinto plano en el que no se trata de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión penalmente sancionada al derecho al honor, sino de determinar si el ejercicio de estas libertades actúa o no como causa excluyente de la antijuridicidad. Existen en consecuencia dos

---

1750 STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 1º.

1751 STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6º.

1752 STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6º.

1753 STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10º.

1754 SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, y 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 4º.

1755 STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2º.

1756 SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 7º; 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6º.

perspectivas que es necesario integrar, la que enjuicia la conducta del sujeto en relación al honor y la que la valora en relación a la libertad de información o expresión, y sólo de la ponderada valoración de las circunstancias fácticas del supuesto desde ambas ópticas puede ser resuelto de manera constitucionalmente adecuada el conflicto de derechos fundamentales presente en este tipo de casos, teniendo en cuenta que el juicio sobre la adecuación de esta ponderación a los postulados constitucionales compete en última instancia a este Tribunal"<sup>1757</sup>.

En efecto, esta doctrina del "valor preferente" de las libertades de información y expresión, que el TC ha extendido en alguna ocasión a la libertad ideológica del art. 16 CE<sup>1758</sup>, no significa que las mismas tengan una preferencia absoluta. Como dice el TC, "tal valor preferente, sin embargo, no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como fundamento de la opinión pública, solamente puede legitimar las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales cuando tales informaciones guarden congruencia con esa finalidad, es decir, cuando resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y no lleven la intromisión en la intimidad o el honor de otros más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad"<sup>1759</sup>. Se trata sólo de una posición preferencial flexible o relativa en la resolución de los conflictos, sin perjuicio de que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional permita apreciar determinadas condiciones o circunstancias generales en que tal preferencia se produce con un alto grado de probabilidad:

a) En el caso de la libertad de información, adquiere la misma, siempre que sea una información veraz, una especial intensidad o valor preferente cuando se refiera a hechos noticiosos o noticiables por su interés público, esto es, asuntos públicos de interés general o relevancia pública, atendiendo a la materia objeto de la información y a las personas que en ellos intervienen. En palabras del TC, "si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor con los que pueda entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen,

---

<sup>1757</sup> STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 1º.

<sup>1758</sup> STC 20/1990, de 15 de febrero, cuyo FJ 4º se refiere a "la posición preferente que, por la doctrina expuesta y en razón de su dimensión institucional, ha de reconocerse a los derechos consagrados en el art. 18 CE, y —añadimos— al menos por la misma razón a la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1" (cursiva nuestra), razón justificadora que sería, conforme al FJ 3º, que "sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16 CE no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1" CE, especialmente el pluralismo político.

<sup>1759</sup> STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2º.

contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública"<sup>1760</sup> "libre y plural propia de un Estado democrático"<sup>1761</sup>. Y para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer, será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en esa información. Sin haber constatado previamente la concurrencia o no de estas circunstancias no resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una persona libre debe ser asegurado en un sistema democrático. Sólo tras indagar si la información publicada está especialmente protegida sería procedente entrar en el análisis de otros derechos —como el derecho a la intimidad o al honor—, cuya lesión, de existir sólo deberá ser objeto de protección en la medida en que no esté justificada por la prevalencia de la libertad de información, de acuerdo a la posición preferente que por su valor institucional ha de concederse a esta libertad"<sup>1762</sup>.

Además, los cauces por los que se difunde la información aparecen como relevantes para determinar su protección constitucional<sup>1763</sup> en cuanto el contenido del derecho de libre información alcanza su "máximo nivel de eficacia justificadora" frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción<sup>1764</sup>. Por el contrario, y en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección constitucional preferente de la libertad de información cuando, aun siendo ésta veraz, no se refiere a asuntos de relevancia pública o interés general por su materia o por las personas a las que se refiere<sup>1765</sup>, o bien la información no se transmite a través de los cauces normales de formación de la opinión pública<sup>1766</sup>, sino que se refiere

---

1760 STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 7º.

1761 Según se añade en STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2º, con referencia a SSTC 107/1988, de 8 de junio, 171/1990, 214/1991, 40/1992 y 85/1992.

1762 SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 7º; 107/1988, de 8 de junio, FJ 2º.

1763 STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4.c.

1764 SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 7º; 107/1988, de 8 de junio, FJ 2º y 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 2º.

1765 STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10º: "La misma inversión se produce si la información no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos a la personalidad, sino a personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública, pues en este supuesto el derecho al honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución, que le confiere el número 4 del mismo artículo".

1766 STC 165/1987, de 27 de octubre FJ 10º: "el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales e irregulares como la difusión

a conductas privadas carentes de interés público<sup>1767</sup>, pues en tales hipótesis la información no puede contribuir realmente a la satisfacción de la función institucional propia de dicha libertad de información<sup>1768</sup>.

Pero también juegan aquí otros factores, como el referido al objeto de la información, según sea la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia o la transmisión neutra de manifestaciones de otro, lo que no siempre es fácil de dilucidar y la jurisprudencia ha consagrado diversos criterios al respecto; o según los hechos sobre los que se informe estén o no *sub judice*, pues si están sometidos a un proceso judicial, aunque tal circunstancia "no conlleva una ablación del derecho", puede sin embargo "someterlo a condicionamientos específicos", como la exigencia de explicitar la pendencia del proceso o, en su caso, el resultado del mismo cuando se impute la comisión de determinados delitos y, aun reconocido el derecho a la información crítica de las resoluciones judiciales, toda información que ponga en cuestión lo proclamado judicialmente habrá de respetar, de un lado, la presunción de inocencia judicialmente declarada, y de otro, requerirá una especial diligencia en la verificación de la información<sup>1769</sup>, etc.

b) En el caso de la libertad de expresión, el TC "ha resaltado en abundante jurisprudencia cómo la fuerza expansiva del derecho a la libertad de expresión e información obliga a una interpretación restrictiva de sus límites y, entre ellos, del derecho al honor (SSTC 51/85, 159/86, 214/91 y 190/92, entre otras muchas). Cuando del ejercicio de la libertad de expresión e información resulta afectado el derecho al honor, el órgano judicial está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias del caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente pudiera estar justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si falta tal ponderación o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender lesionadas aquellas libertades (SSTC 104/86, 107/88, 51/89, 201/90, 214/91 y 123/92 y AATC 480/86, 76/87 y 350/89) [ ] Es pues necesario analizar las concretas expresiones utilizadas, su conexión o no con la opinión que se pretendía transmitir y su carácter necesario o superfluo. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado que 'aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquéllas que carezcan de interés público y, por tanto resulten innecesarias a la esencial del pensamiento, idea u opinión que se expresa' (STC 107/88), de forma que la libertad de expresión

---

de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia se invierte a favor de este último [el derecho honor], debilitando la eficacia justificadora de aquélla [libertad de información] frente a lesiones referidas a éste". Las referencias de los pronombres demostrativos "este último", "éste" y "aquélla" deben sobreentenderse en el sentido señalado entre corchetes por ser el único sentido razonable, pese a que la redacción resulta poco afortunada o, cuando menos, oscura.

1767 STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4.b.

1768 STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2º, a contrario sensu.

1769 STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3º.

viene delimitada 'por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas' (STC 105/1990), ya que una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación o incluso el insulto y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre, apareciendo como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable. Se colocan, por tanto, fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libre expresión y representan en consecuencia la privación a una persona de su honor y reputación (SSTC 105/90 y 170/94). En el mismo sentido, las SSTC 172/90 y 336/93 han declarado que las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información, y de la libertad de expresión y de opinión, que en ningún caso amparan el derecho al insulto. A tenor de lo expuesto es evidente que quedan al margen de la libertad de expresión los contenidos injuriosos o vejatorios, desvinculados de las ideas que se pretenden transmitir a la opinión pública, y por tanto innecesarios<sup>1770</sup>. Y tiene la libertad de expresión, por otra parte, una protección especialmente intensa o, dicho de otro modo, es "especialmente resistente", cuando está vinculada a otros bienes constitucionales, o incluso a otros derechos fundamentales, como cuando se ejerce en conexión a los procesos de formación y de exteriorización de un poder público democrático (art. 23 CE), se trata de la libertad de cátedra (art. 20.1.c CE) o cuando la libertad la ejerce el abogado en el ejercicio de la actividad de defensa, pues los derechos de defensa (art. 24 CE) de la parte y el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de su papel constitucional con los que aquélla está vinculada, la hacen "inmune a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar"<sup>1771</sup>.

IV.- INEXISTENCIA DE PREVALENCIAS APRIORÍSTICAS: En cuarto lugar, nos parece de gran interés destacar que ni siquiera en el caso de las libertades de información y expresión, pese a ese valor preferente que se les reconoce, su prevalencia es incondicional o absoluta, sino que también es preciso realizar un examen de la proporcionalidad informado por el principio de concordancia práctica, algo que, con mayor razón, se impone en conflictos entre derechos fundamentales en que no estén implicados los del art. 20 CE o, estándolo, no disfruten de valor preferente.

Y es que, como reiteradamente sostiene el TC, "el valor preferente del derecho de información" no puede significar "dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o

---

1770 STC 42/1995, de 13 de febrero, FJ 3º.

1771 STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5º.

perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el artículo 10.2 del CEDH"<sup>1772</sup> o, dicho ya en términos mas generales aunque también en el marco del enjuiciamiento de un conflicto entre libertad de información y derecho al honor: el principio de proporcionalidad exige que "toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos (STC 85/1992). Si se quiere, dicho en otras palabras: que la eventual limitación de un derecho fundamental, por concurrir con otro en un mismo supuesto, como aquí ocurre, debe ser necesaria y adecuada en relación con el contenido y finalidad que uno y otro poseen de acuerdo a la Constitución"<sup>1773</sup>.

Y proyectada esta doctrina, más en concreto, sobre el prototípico conflicto de derechos fundamentales entre el derecho al honor y la libertad de información, sostiene el TC: "cuando el ejercicio del derecho de información no exija necesariamente el sacrificio de los derechos de otro, pueden constituir un ilícito las informaciones lesivas de esos derechos. Ello ocurre especialmente en aquellos casos en los que en la información se utilicen expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones que sólo puedan entenderse como meros insultos o descalificaciones dictadas, no por un ánimo o con una función informativa, sino con malicia calificada por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple, o en relación a personas privadas involucradas en un suceso de relevancia pública, se comuniquen hechos que afecten a su honor o a su intimidad que sean manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información. En tales casos cabe estimar que quien dispone del medio de comunicación no lo utiliza con una función informativa en sentido propio, amparada por la posición preferente, sino con una finalidad difamatoria o vejatoria, 'en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información'"<sup>1774</sup>.

V.- EL DILEMA DE LA PONDERACIÓN O DELIMITACIÓN (PONDERATIVA TÁCITA) DE LOS TIPOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO: DOS MODELOS CONTRAPUESTOS: Es discutido si, en los casos de conflictos entre las libertades del artículo 20 y los derechos del artículo 18 CE, lo que hace nuestra jurisprudencia constitucional, o por lo menos lo que debe hacer, es *ponderar* los derechos fundamentales colisionantes uno frente a otro o simplemente *delimitar* sus contenidos. Desde luego, para la solución de esta controversia no podemos dejarnos llevar por la literalidad de las expresiones de nuestro TC, que con frecuencia habla en la misma sentencia de "ponderación" y de "delimitación" de los derechos"<sup>1775</sup>. Y

1772 STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 7º.

1773 STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2º.

1774 STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 7º.

1775 Por ejemplo, STC 154/1999, de 14 de septiembre, FFJJ 2º ("La cuestión

aunque la discusión se centra en los derechos fundamentales mencionados, a nuestro juicio, es también generalizable para todo tipo de conflictos de derechos fundamentales. En esta línea más general, Martínez-Pujalte, sin negar la existencia en la realidad de conflictos entre derechos fundamentales, propone acabar con ellos por vía de interpretación: "comprender cada derecho desde su contenido esencial significaría, ahora, proceder a la delimitación del ámbito de cada derecho de tal suerte que se excluya toda intersección con el ámbito de los restantes derechos, lo que excluye la posibilidad de un auténtico conflicto, pues los ámbitos respectivos de los diferentes derechos no presentan ninguna zona de coincidencia. Utilizando la terminología propia de la teoría de los conjuntos, podría decirse que, para la teoría tradicional, los derechos representan conjuntos secantes, de modo que existe un espacio de intersección entre ellos, que es justamente el espacio en el que se producen los conflictos. En la interpretación que propongo, entre los dos conjuntos no habría ningún campo de intersección, luego los conflictos desaparecen". Propone así considerar todos los conflictos como aparentes, ya que sólo uno de los sujetos tiene derecho realmente y no los dos, sólo uno de los derechos implicados entra en juego. Hay que prescindir de la ponderación, y centrarse en la "delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos", aunque ello no se diferencia esencialmente, a su juicio, del método de la ponderación, pero tiene unas bases teóricas más sólidas<sup>1776</sup>.

Al entender de algunos autores, el TC en realidad operaría con un doble contenido de "ponderación": por un lado, el concepto aquí referido que entiende la labor de ponderación como una tarea de "contrapesar o equilibrar" derechos fundamentales según una técnica de "balancing"; y por otro lado, la ponderación en su segunda acepción en el Diccionario de la Real Academia, esto es, en el sentido de "examinar con sumo cuidado algún asunto", y que en este caso consistiría en examinar con detenimiento si las libertades sujetas a examen (en concreto, las de expresión e información) se han ejercitado dentro de los límites constitucionales, de tal forma que aparezca legitimada la intromisión en los otros derechos enfrentados (en concreto, el honor o la intimidad). Es esta la tesis de Saraza Jimena, quien cita en este sentido la STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 3º *in fine*<sup>1777</sup> y afirma Saraza es "es esta

---

planteada atañe, pues, a la delimitación entre libertad de información reconocida en el art. 20.1.d) CE y el derecho al honor garantizado por el art. 18.1º CE), 7º y 8º ("La anterior ponderación, que conduce a la estimación, en este punto, de la pretensión actora").

<sup>1776</sup> Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía...*, cit., p. 133. En la misma línea, Juan Cianciardo, *El conflictivismo...*, cit., pp. 121 y 250.

<sup>1777</sup> "En consecuencia, a la hora de aplicar los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, el órgano jurisdiccional deberá no estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión (protegiendo siempre la buena fama, o el derecho a informar o a expresarse libremente), sino, habida cuenta de las circunstancias, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente o,



segunda acepción la que va prevaleciendo progresivamente en la jurisprudencia del TC" con relación específicamente al conflicto entre las libertades informativas y de expresión y los derechos al honor y a la intimidad<sup>1778</sup>.

Por nuestra parte, no podemos compartir esta opinión. En los casos de colisión o conflicto entre derechos fundamentales de lo que se trata no es, simplemente, de delimitar los tipos (o supuestos de hecho) o ámbitos normativos de cada uno de esos derechos en conflicto, de manera que esa sola tarea de "deslinde" conduzca a determinar qué derecho debe prevalecer. Una consideración tal de los conflictos de derechos fundamentales no sólo es falsa, sino que es empobrecedora y sustrae del debate jurídico, so pretexto de introducir mayor seguridad jurídica, cuestiones fundamentales que deben estar sujetas, precisamente, a una necesidad de motivación y a un examen crítico especialmente rigurosos.

Es indudablemente cierto que en todo caso de conflicto habrá que empezar por delimitar con la mayor precisión que sea posible los "tipos" de los derechos fundamentales en conflicto. Pero ése será solamente el comienzo o primer paso de la técnica para la resolución de la colisión. Después se impone una verdadera "ponderación" de derechos fundamentales y ello porque los derechos fundamentales tienen una naturaleza abierta de principios: son, en la caracterización ya estudiada de Alexy, "mandatos de optimización" que tienden a lograr realizarse en la vida social, y también por ello en cada caso particular, en la mayor medida posible. Ocurre que a veces, o con frecuencia, la realización de uno de esos derechos fundamentales choca con la realización de otro u otros y para ello no hay propiamente en la Constitución una solución, sino sólo la expresión de unos valores o principios a realizar en la mayor medida posible y procurando que la realización de uno de ellos no se logre a costa del otro por entero (aunque excepcionalmente haya de ser así), sino haciendo retroceder a ambos derechos de una manera proporcionada para lograr así una "concordancia práctica" entre ambos.

Ello presupone, ciertamente, un deslinde de los tipos iusfundamentales, en especial a fin de evitar el examen como conflictos de derechos fundamentales de supuestos en que realmente no hay colisión<sup>1779</sup>. Pero, una vez determinados con precisión los tipos —o

---

por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito. Pues, en tanto la labor del informador se atenga a los fines y objetivos constitucionalmente previstos, no podrá considerarse que han afectado ilegítimamente a la buena fama o el honor de una persona, o el prestigio de una institución de modo que quepa una sanción penal al respecto".

1778 Rafael Saraza Jimena, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 203 ss.

1779 En efecto, antes de proceder a resolver un conflicto entre derechos fundamentales es preciso constatar que no se trata de un conflicto aparente, sino real, esto es, que resultan de aplicación al caso de que se trate los dos derechos fundamentales contrapuestos, cuyo ámbito normativo habrá por ello que delimitar con relación al caso particular. Y así, por ejemplo, en un caso en que hipotéticamente

ámbitos iniciales de aplicación— del derecho fundamental, si el derecho fundamental de uno colide con el derecho fundamental de otro, tal colisión habrá que resolverla por medio de una ponderación con arreglo al parámetro de la proporcionalidad, lo que exige una fundamentación clara y explícita, y no por medio de una falsa delimitación de los tipos, mecanismo éste último que, en realidad, hace operar en este ámbito a la categoría de los límites inmanentes, aunque no se los mencione, como ya hemos señalado en un momento anterior, al presuponer que la delimitación del tipo o supuesto de hecho del derecho fundamental incluye ya los supuestos (inimaginables, por lo demás, en muchas ocasiones) de colisión de un derecho fundamental con otros, excluyendo así este aspecto tan importante de limitación de los derechos fundamentales de toda argumentación y fundamentación constitucional.

Pues bien, ni este método ni el resultado a que conduce pueden compartirse. En efecto, los supuestos de colisión de unos derechos fundamentales con otros operan de tal modo que conllevan bien una limitación de un derecho fundamental a costa del otro, bien una limitación recíproca de ambos derechos uno a costa del otro (con alcance distinto en cada caso), bien incluso, en supuestos límite, la supresión de uno a costa del otro. Y esta limitación del derecho o de los derechos fundamentales colisionantes, que en muchos casos era totalmente imprevisible *a priori* por variadas razones, no puede resolverse por medio de un deslinde de tipos iusfundamentales que sólo indican una dirección, expansiva por lo demás, pero no un terreno perfectamente delimitado frente a todo posible conflicto del derecho fundamental con otros. El tipo o ámbito normativo de los derechos fundamentales no contiene, ni puede contener, en sí la solución de estos conflictos. Éstos exigen ser resueltos mediante una casuística ponderación en cada caso particular de la importancia y peso específico de ambos, ponderación informada por el principio de proporcionalidad y que ha de explicitarse por medio de una justificación rigurosa y detallada de en qué medida ha de retroceder el ejercicio de cada derecho fundamental en el caso de qué se trate y bajo qué condiciones.

Es preciso reconocer que este método de la ponderación conlleva ciertas dosis de inseguridad jurídica, pero no se trata de una

---

habría un conflicto entre las libertades del artículo 20.1 CE y el derecho al honor (en concreto, la reputación profesional), afirma el TC que "sólo en el supuesto de que quepa considerar que la reputación profesional forma parte del derecho al honor y se aprecie que en este caso esa reputación ha sido lesionada, resultará necesario analizar si las comunicaciones resultaron protegidas por el derecho a la información o por la libertad de expresión", lo que no ocurría en el caso, por lo que no hubo que analizar ni resolver el conflicto de derechos: STC 180/1999, de 11 de octubre, FFJJ 3º y 6º. Igualmente, en el caso de un aparente conflicto entre el derecho a la cláusula de conciencia (art. 20.1.d CE) y la libertad ideológica, al determinarse que la cláusula de conciencia no es aplicable en realidad a un periodista cuya función se limitaba al maquetado del periódico según las instrucciones recibidas de la Redacción sin que se probase que tal función fuese en el caso un vehículo de la libertad de información, no hay en realidad ningún conflicto entre derechos fundamentales: STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 5º.

indeterminación que se derive propiamente de la ponderación, sino de la naturaleza abierta de los derechos fundamentales. La ponderación como aquí se la entiende (aplicación del principio de proporcionalidad explicitada y rigurosamente motivada) no sólo no introduce indeterminación, sino que supone la introducción de un cierto método, sistema o técnica que permita explicitar en la mayor medida posible los criterios empleados para determinar la licitud constitucional o no de una determinada limitación a los derechos fundamentales. La ponderación no sólo no introduce una indeterminación que no exista previamente, sino que lucha para reducir en la medida en que ello resulte posible dicha indeterminación. Y sobre todo contribuye a hacer explícita una valoración que, de otro modo, no dejaría de existir, sino que quedaría soterrada, sin exteriorizarse, con la gravísima consecuencia, por un lado, de que se excluye de todo control intersubjetivo, o al menos de un control tan intensivo; y de que, al concebir los conflictos de derechos fundamentales como una cuestión de delimitación del ámbito normativo de los derechos, la solución a los conflictos viene dada por medio de la exclusión de las conductas limitadas del ámbito inicial de protección del derecho, con lo cual sólo se presenta el resultado de una "interpretación" no explicitada, sin que se den a conocer las razones que abonarían tal resultado y que, lejos de ser ajenas a toda valoración, sólo ocultan ésta.

Por otro lado, este método de la ponderación no sólo posibilita un importante control intersubjetivo sino que también permite que, a partir de la resolución casuística de casos y el corpus jurisprudencial a que dé lugar, puedan ir formándose grupos de casos que tejan una tupida red, cada vez más precisa, que conlleve una relativamente importante dosis de seguridad jurídica, sin perjuicio de las particularidades que todo caso singular siempre presenta y que en ocasiones pueden ser relevantes como para alejarse, en mayor o menor medida, de la regla general. Al margen ya de esto último, es cierto que si toda tarea de aplicación de una norma, en la medida en que no es una pura subsunción (y ninguna lo es), conlleva alguna posibilidad de creatividad y excluye una absoluta previsibilidad, ello se acentúa en el caso de normas tan abiertas como lo son las de derechos fundamentales, por lo que, incluso aunque exista una copiosa doctrina jurisprudencial, siempre habrá un cierto grado de inseguridad jurídica, pero mucho menor al que existiría por medio de la solución alternativa. Y sobre todo, la ponderación permite, tanto a nivel interno del Tribunal como a nivel (externo) de la comunidad jurídica, una crítica fundada, no sólo a la solución que se dé al caso particular, sino también a su motivación y justificación en aquellos casos en que éstas parezcan desacertadas, o simplemente se aparten de los criterios jurisprudenciales. Todo ello redundará en una indudable mayor seguridad jurídica a largo plazo, y hace clara y explícita la naturaleza abierta y, por ello, ponderable de los derechos fundamentales, en lugar de ocultarla bajo una apariencia de certeza aplicativa, que en realidad no es más que un manto conceptual, si no (o no necesariamente) arbitrario, sí al menos cerrado e incontrolable por la comunidad jurídica.

Éste es, por lo demás y en sus líneas esenciales, el planteamiento a que responde nuestra jurisprudencia constitucional, como no podía ser de otro modo. Si hay quienes sostienen que los conflictos de derechos fundamentales se resuelven sencillamente a través de la delimitación de sus respectivos ámbitos normativos, ello se explica porque tales autores se dejan llevar en exceso por la literalidad de numerosas sentencias constitucionales, literalidad que en ocasiones induce a engaño, pues lo que el TC parece presentar como una mera delimitación de los derechos fundamentales en pugna, en realidad se soluciona mediante la aplicación de una serie de reglas generales que se deducen de toda una serie de conflictos análogos resueltos por el TC, reglas que, sin embargo, no son más que criterios a tener en cuenta en el proceso ponderativo propiamente dicho.

Así se comprueba, por ejemplo, en el caso de "La máquina de la verdad", recientemente resuelto por el TC. En una cadena televisiva, se había anunciado la próxima e inminente emisión de un programa llamado "La máquina de la verdad" en el que iba a declarar una ex-niñera del hijo menor de una pareja con relevancia social contra la que dicha pareja había interpuesto querrela por calumnias e injurias vertidas en unas declaraciones a un determinado semanario en las que revelaban facetas sobre la intimidad de dicha pareja, siendo de presumir, a la luz de las propias cuñas publicitarias anunciando la emisión, que dicha persona iba a reproducir la manifestación de las mismas opiniones y el relato de los mismos hechos divulgados a través del citado semanario y que habían dado lugar al proceso penal en el que recayeron las resoluciones judiciales impugnadas. El juez de instrucción ordena la prohibición de la emisión del susodicho programa. El TC examina si el Auto del juez ofrece los elementos necesarios de ponderación para realizar el juicio de proporcionalidad, y si éste resulta adecuado. Para ello, parte el TC "sin vacilación alguna del más amplio y deseable ejercicio de la libertad de expresión", pero también "del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Y aquí es donde no se puede olvidar que la realización del citado programa de televisión contaba como 'protagonista' con la niñera o institutriz del hijo menor de la familia" y "el canal por el que se iba a emitir dicho programa había anunciado que se revelarían facetas de la intimidad de la pareja y del comportamiento del padre de su hijo que, habida cuenta de la posterior ruptura de la pareja, podrían sin duda perjudicar al menor". Por otro lado, constata el TC que en este caso no existía un interés general de la información a transmitir ni una relevancia pública por un cúmulo de circunstancias ("índole del programa, intervención previa de la que fuera mujer del padre y, singularmente, por el protagonismo de la niñera"). Y ello lleva al TC a formular el siguiente juicio sobre la ponderación realizada por el juez ordinario: "el juez, con los elementos de juicio puestos a su disposición, hizo una ponderación razonable de los intereses y valores, bienes y derechos en juego. En efecto, no sólo tuvo en cuenta la buena marcha del proceso penal, sino también, como es natural, la protección a la

intimidad del menor y, en definitiva, impidió que la institutriz repitiera las mismas informaciones, datos o hechos y opiniones que eran objeto de investigación por un supuesto delito de injurias, reiteración que era lógicamente presumible del contenido de las 'cuñas' publicitarias, acordes con la naturaleza del programa. Era, en definitiva, una conducta continuada, con una identidad en sus elementos subjetivos y objetivos, de los hechos denunciados y perseguidos sumariamente. Se trataba de las mismas personas, del mismo entorno familiar, de las mismas ocurrencias y de los mismos conceptos. La presunción rayana en la certeza de que así iba a transcurrir la emisión configura a su vez el peligro o riesgo cuya aparición justifica la fulminante intervención preventiva del juez. La medida encaja en el presupuesto habilitante que contiene la norma legal, dada la singularidad del ámbito y de la actividad donde se produce, y por otra parte resultaría necesaria y guarda la debida proporción con el efecto a conseguir, sin que sea imaginable otra distinta o de menor intensidad al respecto, desde la propia perspectiva del derecho a informar y a ser informados, vital para la existencia de la opinión pública en un sistema democrático. En definitiva, y como resumen, la prohibición al respecto, con un respaldo constitucional explícito y una configuración adecuada en la Ley, se adoptó por el juez competente dentro de un proceso penal en decisión motivada, sin que pueda ser tachada de inadecuada o excesiva, arbitraria o desmesurada"<sup>1780</sup>.

Es patente que el TC no lleva a cabo en este caso, como en tantos otros<sup>1781</sup>, una mera delimitación del ámbito normativo de cada derecho, sino una verdadera ponderación de dos o más derechos fundamentales cuyos ámbitos normativos se extienden a proteger dos conductas distintas que colisionan entre sí, por lo que se impone una tarea de limitación de una de ellas o de ambas que reduzca el ámbito definitivamente protegido del o de los derechos afectados, tarea que es la que se lleva a cabo por medio de la ponderación. Concretando en el caso anterior, puede decirse que no se trata de que la libertad de expresión y la de información no sean aplicables en tal supuesto, y sólo lo sean los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen; sí que lo son, si bien su ejercicio resulta limitado, en los términos vistos, por la colisión que se produce con otros derechos fundamentales (el derecho al honor y a la intimidad y la protección de la infancia).

No se trata, pues, de que el ámbito normativo de la libertad de expresión no se extienda, sin más, a tales supuestos, sino que, resultando aplicable a los mismos, tras la pertinente ponderación explicitada en la sentencia, se llega a la conclusión de que su ejercicio fue legítimamente limitado en atención al conflicto con otros derechos constitucionales por ser la medida adecuada para lograr el fin pretendido de protección de los derechos del art. 18 CE; necesaria, por no ser imaginable otra medida igualmente eficaz pero menos restrictiva; y proporcionada en sentido

---

<sup>1780</sup> STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 13º.

<sup>1781</sup> Véase, por ejemplo, el caso resuelto por la STC 34/1999, de 15 de julio; o el resuelto por la STC 138/1996, de 16 de septiembre.

estricto porque no es mayor el perjuicio para las libertades del art. 20 CE como consecuencia de la medida que las ventajas para los derechos del art. 18 CE.

Precisamente porque la ponderación se explicita o exterioriza, es posible la crítica y considerar, por ejemplo, que en el caso en cuestión no estaban en juego el derecho al honor, o a la intimidad o "la protección de la infancia" o ninguno de los tres; o que la medida limitativa resultaba desmesurada en atención al fin perseguido y los efectos producidos; o que no es cierta la afirmación del TC de que no es "imaginable otra distinta o de menor intensidad al respecto, desde la propia perspectiva del derecho a informar y a ser informados"; o que no había una verdadera "conducta continuada"; o que el peligro o riesgo no existía o no era suficiente para justificar la medida adoptada limitativa de las libertades del artículo 20 CE; o se puede criticar que el TC no sea nada claro en si los derechos colisionantes con los del artículo 20 CE son los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los padres o sólo los del niño o los de unos y otro, etc. Si, en cambio, pretendemos resolver la cuestión como una mera delimitación exacta de ámbitos normativos y decimos que ese supuesto no está cubierto por la libertad de expresión, la crítica a esta determinación podrá ciertamente producirse, pero no podrá dirigirse más que a una decisión, contraponiéndole otra contraria, en su caso razonada, pero sin que pueda dirigirse a unos determinados argumentos ni a una determinada fundamentación. Parafraseando a Borges, podría decirse que este método de examen "sirve para cortar una discusión, no para resolverla" y es por ello "inmanejable"<sup>1782</sup>.

De seguirse una vía tal, el grado de control por el TC y los tribunales ordinarios del respeto a los derechos fundamentales podrá ser mayor o menor que el logrado por medio de la ponderación, pero lo sustancial es que tanto en un caso como en otro se abre una puerta a la arbitrariedad y se cierra otra a la discusión razonada de los casos difíciles, aparte de que se excluye la aplicación de las garantías del Estado de Derecho, de manera que, por ejemplo, en el caso anterior, no sería preciso exigir el respeto a la reserva de ley para que el juez adoptase la medida en cuestión por cuanto que, al no ser aplicables ya las libertades del art. 20 CE, la reserva de ley en materia de derechos fundamentales no sería aplicable. El TC, por el contrario, analiza, con carácter previo al respeto de la proporcionalidad, si la medida tenía o no un fundamento legal y por medio, además, de Ley Orgánica y sólo una vez respondida afirmativamente esta cuestión (FFJJ 6º a 8º), pasa a analizar el respeto de la proporcionalidad.

Todo ello responde a una concepción de la ponderación como aplicación del principio de proporcionalidad, y no como una mera operación de deslinde de los ámbitos normativos de los derechos. Este deslinde, por cierto, termina por producirse en cada caso concreto tras la oportuna ponderación, pero no es un deslinde de los ámbitos iniciales de protección

---

<sup>1782</sup> Jorge Luis Borges, "Discusión", en sus *Obras completas*, tomo I, Círculo de Lectores, Madrid, 1992, p. 245.

(ámbito protegido), esto es, de los "tipos iusfundamentales" de los derechos en conflicto, sino sólo de los ámbitos definitivamente protegidos en el caso singular, lo que es enteramente distinto y presupone que también la conducta inicialmente protegida (pero no definitivamente) está protegida por la reserva de ley, por más que la proporcionalidad permita en dicho caso concreto su restricción en atención a otro derecho fundamental.

### 3.- La suspensión de derechos fundamentales

La Constitución dedica el capítulo quinto del Título Primero a lo que llama la suspensión de los derechos fundamentales y dicho capítulo se integra por un único artículo, el 55, que dice:

"1 . Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3; artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las Leyes".

De este modo, nuestra Constitución prevé dos situaciones de necesidad en que puede producirse lo que se llama una "suspensión" de determinados derechos fundamentales: a) de un lado, cuando se acuerde la declaración de los estados de excepción o de sitio, se autoriza una suspensión general de los derechos a la libertad personal (no del apartado 3 del art. 17 en caso de estado de excepción), inviolabilidad domiciliaria y postal, libertad de circulación y residencia, libertades de expresión e información, prohibición de secuestro de publicaciones y medios de información, derecho de reunión, derecho de huelga y de adoptar medidas de conflicto colectivo<sup>1783</sup>; b) una suspensión

---

1783 El art. 116 CE regula la declaración de los estados de excepción y sitio. Una Ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes [...] 3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos; [ ] 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y

individualizada para personas determinadas de lo regulado en el art. 17.2 respecto de la duración máxima de la detención preventiva, así como de la inviolabilidad domiciliaria y postal cuando ello tenga lugar con ocasión del desarrollo de "investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas". Esta posibilidad ha de materializarse a través de una Ley Orgánica, que ha de garantizar la "necesaria intervención judicial" y "el adecuado control parlamentario", además de que la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en tal Ley dará lugar a responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos en las leyes.

Y si bien la primera modalidad de suspensión de los derechos fundamentales tiene sin duda una mayor importancia, es lo cierto que se refiere a situaciones totalmente excepcionales, que ni se han dado ni es previsible que puedan darse en nuestro futuro inmediato, y por ello presenta más interés para nosotros la segunda modalidad de suspensión de los derechos fundamentales pues, aunque la misma es también excepcional, lo cierto es que la persistencia entre nosotros del fenómeno terrorista hace que su aplicación sea excepcional pero no infrecuente entre nosotros. Esta modalidad de suspensión de los derechos fundamentales se halla actualmente regulada a través de la Ley Orgánica 9/1984.

Sobre esta segunda modalidad de suspensión de los derechos fundamentales ha sentado nuestro TC una importante doctrina, que puede sintetizarse como sigue:

- De entrada, el TC ha justificado la existencia de una normativa específica para hacer frente al fenómeno terrorista: "La criminalidad terrorista conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (S 30-8-90: Caso *Fox, Campbell y Hartley*) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales, regulaciones que contribuyen también a aportar criterios definidores, por vía de aplicación directa o de comparación normativa, en este ámbito"<sup>1784</sup>.

- Y respecto de lo que haya de entenderse por "bandas armadas", señala el TC que tales conceptos ha de ser interpretados "muy restrictivamente" y "en conexión, en su trascendencia y alcance, con el (concepto) de 'elementos terroristas' mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el art. 7 LO 9/1984 de 26 diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos),

---

condiciones [...]; 6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las Leyes".

<sup>1784</sup> STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3.C).



sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática [ ] Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la LO 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Cap. III a personas o grupos que actúan con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2<sup>1785</sup>.

- En cuanto a la extensión que hacía el art. 1.1 de la LO 9/1984, en su redacción originaria, de la suspensión de derechos fundamentales a aquellas personas que hicieran apología de los delitos terroristas, el TC rechazará la tesis del Abogado del Estado en el sentido de que "sería conveniente aplicar especiales medidas de investigación en los casos de apología" "dada la posibilidad de que no estemos ante un delito independiente en sus motivaciones o en su relación con las organizaciones terroristas". Este argumento, dirá el TC, "no es aceptable, pues el problema planteado no es el de la razonabilidad de tal inclusión, sino el de si el legislador estaba habilitado para ello por el art. 55.2 CE [ ] La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos. Los supuestos que menciona el Abogado del Estado de posible concierto o relación de los apologistas con organizaciones terroristas, son precisamente supuestos en los que se excede del ámbito de la pura apología, pudiendo incluirse, en su caso, en el art. 1.2.k) de la propia LO 9/1984"<sup>1786</sup>.

- Distinta fue, sin embargo, la suerte que corrió la extensión por la LO 9/1984 de su "ámbito de aplicación", y la posibilidad de suspensión de derechos fundamentales, a los elementos rebeldes. El TC comienza señalando "que el problema también aquí no es de la razonabilidad de la medida legal, sino el de su compatibilidad con el precepto constitucional. Ya se ha dicho que la Constitución no ha hecho de la "suspensión individual" de ciertos derechos fundamentales un instrumento de protección extraordinaria de la seguridad del Estado, genéricamente concebida, sino que le asignó una finalidad muy concreta: la investigación de las actuaciones de las bandas armadas o elementos terroristas [ ] En la discusión parlamentaria se constata, sin embargo, una equiparación explícita, en cuanto ataque al sistema democrático y a la sustitución de la forma de Gobierno y de Estado elegida libremente por los ciudadanos, entre terrorismo y rebelión [ ] Es cierto que el art. 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, sino sólo a las bandas armadas o elementos terroristas. Sin embargo, no cabe duda de que, como señala el

1785 STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4º.

1786 STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4º.

Letrado del Estado, la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional [ ] A su vez el art. 8 LO 9/1984 equipara la integración en una organización rebelde a la integración en una banda armada, refiriéndose a la utilización de "armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase". Por ello a tales rebeldes en cuanto integran el concepto de banda armada del art. 55.2 CE, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional". Y "en consecuencia, no resulta contraria a la Constitución la mención de las actividades rebeldes en el art. 1 LO 9/1984, y por ello su inclusión dentro del ámbito de la misma"<sup>1787</sup>.

- En cuanto a la atribución de la competencia a un órgano jurisdiccional centralizado para todo el Estado (Juzgados Centrales de Instrucción y Audiencia Nacional) respecto de la instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos" comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley (art. 11), el TC sostendrá que dicha regulación no vulnera el derecho al juez predeterminado por la Ley ni tampoco el art. 152.1 CE: "La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas [ ] Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el art. 152.1 CE ni los preceptos estatutarios que aquí se alegan, ni tampoco el art. 24.2 CE"<sup>1788</sup>.

- Por otro lado, el TC destaca que "las cautelas de que está rodeada la modalidad de suspensión de derechos del art. 55.2 CE se orientan en buena medida a la garantía de los derechos que la Cámara recurrente pretende vulnerados, así como a la de los reconocidos en el art. 17.3 CE [ ] En efecto, el constituyente mismo ha querido enfrentarse con la posibilidad de que, con ocasión de la aplicación de este precepto, se vieran afectados derechos constitucionales, insistiendo muy expresamente, en el último párrafo del precepto, en que 'la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley Orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes'. El art. 204 bis CP, debe ser situado también en este contexto. Finalmente, el art. 14.2 LO 9/1984 deja claro que, independientemente de la competencia propia del Juzgado Central para el control judicial de la detención y sin interferirse en ella, caben 'actuaciones judiciales pertinentes en caso de utilización

---

1787 STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4º.

1788 STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6º.

injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en esta Ley [ ] A tal efecto, en salvaguarda de los derechos fundamentales del detenido y movido por indicios o sospechas razonables de la comisión de algún hecho delictivo con ocasión de la detención, el Juez de instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido puede intervenir —y ello no lo excluye el art. 11 impugnado— para conocer y en su caso perseguir tales posibles extralimitaciones en las detenciones gubernativas. Igualmente, como también recuerda el citado art. 14.2, al Ministerio Fiscal le corresponde defender la legalidad de la detención y del tratamiento del detenido”<sup>1789</sup>.

- Y también se ha pronunciado el TC respecto al alcance de la exigencia constitucional de la "necesaria intervención judicial": "Se trata de un tema particularmente complejo, dada la difícil compatibilidad, puesta de relieve por la doctrina, entre la suspensión de los derechos previstos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3 CE y el mantenimiento de una intervención judicial, calificada como 'necesaria' en cada uno de dichos supuestos de suspensión. No cabe sacrificar enteramente ninguno de los dos contenidos del art. 55.2 CE, ya sea la necesaria intervención judicial a la suspensión, ya sea esta última a la primera, pues la Constitución trata de hacer compatibles la suspensión de los derechos y la intervención judicial al respecto [ ] Nos encontramos ante un supuesto característico de aplicación del llamado "principio de concordancia práctica" que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial. Quiere ello decir que el respeto a la fuerza normativa de la Constitución exigiría mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que fuera compatible con la voluntad, también de la Constitución, de posibilitar una suspensión singular de estos derechos, teniendo en cuenta, además, que la finalidad del precepto es hacer posible esa suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía de esa suspensión, una intervención judicial que ha de hacerse en todo caso compatible con aquélla [ ] Ello supone que en último extremo, pero sólo en último extremo, la "necesaria intervención judicial", debe modalizarse para asegurar la posibilidad de la suspensión [ ] Precisamente por ello, no cabe, como pretenden los recurrentes, un tratamiento unitario e idéntico para todos los casos y para todos los derechos a que se refiere el art. 55.2 CE del alcance de la necesaria intervención judicial, sino que ésta ha de abordarse en relación con los específicos problemas que la misma plantea para cada uno de los derechos suspendibles, y también en relación con las circunstancias en las que esa suspensión haya de realizarse”<sup>1790</sup>.

El TC entiende, por otro lado, que la Constitución exige, desde luego, una intervención judicial, y que además ésta sea decisiva al respecto, que pueda ratificar o levantar la suspensión del derecho. Para su mayor efectividad, la intervención judicial debería preceder a la puesta

1789 STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6º.

1790 STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6º.

en práctica de la suspensión. Sin embargo, ello no excluye el que en ciertos casos la efectividad de la suspensión misma requiera "una actuación inmediata de la autoridad gubernativa, sin perjuicio de la intervención sucesiva del órgano judicial, de forma que la medida podría ser adoptada provisionalmente por la autoridad administrativa a reserva de su ratificación o levantamiento por la autoridad judicial [ ] En estos casos extremos la efectividad de la suspensión puede requerir posponer la intervención judicial a un momento posterior a la actuación gubernativa, pero esta modalización de la necesaria intervención judicial para hacer posible la suspensión entra en la lógica misma de la previsión incluida en el art. 55.2 CE. Si la intervención judicial en estos casos fuera idéntica a todos los efectos a la existente en el régimen común de los derechos de los arts. 17.2 y 18.2 y 3 CE, no cabría hablar, como la Constitución hace, de suspensión de tales derechos"<sup>1791</sup>.

#### **4. Las relaciones de especial sujeción**

##### **A) Concepto aproximativo**

Sin ánimo de dar una definición precisa, puede decirse que con el concepto de relaciones de especial sujeción se alude a aquellos supuestos en los que la relación de sometimiento o sujeción del ciudadano respecto de la Administración tiene una especial intensidad (funcionarios, presos, militares, etc), y el interés fundamental de tal categoría estribaría en que a su través se podría justificar una rebaja en las garantías jurídicas para ese ciudadano. Conviene subrayar, ya desde el primer momento, que lo que es "especial" no es tanto la relación en sí, cuanto la intensidad de la sujeción, que no es la común de los restantes ciudadanos<sup>1792</sup>. Es fácil comprender que ello conlleva, en lo que aquí fundamentalmente interesa, una posibilidad mayor de restricciones a los derechos fundamentales. Ya Mayer, uno de los padres de esta doctrina germana de las relaciones de especial sujeción, definió a éstas significativamente como "un estado de libertad restringida". López Benítez, entre nosotros, define a las relaciones de especial sujeción (que él llama relaciones especiales de sujeción) como aquellas relaciones

---

1791 STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6º.

1792 Suele hablarse indistintamente de relaciones especiales de sujeción y de relaciones de sujeción especial (o especial sujeción). A nuestro modo de ver, y pese al título que en su día dimos al trabajo citado en la nota anterior (en el trabajo, sin embargo, hablamos en todo momento de relaciones de sujeción especial o de especial sujeción y no de relaciones especiales de sujeción), lo que es propiamente especial o singularmente intenso es, o bien la sujeción de los ciudadanos insertos en tales relaciones respecto del poder público o bien, desde la perspectiva inversa, el poder de la Administración respecto de tales ciudadanos. Por ello, hay que hablar en todo caso de relaciones de especial sujeción (o de poder especial, según la perspectiva, activa o pasiva, desde la que se vea), y no de relaciones "especiales" de sujeción o de poder, pues con ello no se destaca que lo único especial es esa sujeción o ese poder, respecto del poder o la sujeción que es propia del común de los ciudadanos.

jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación<sup>1793</sup>. García de Enterría y Fernández, por su parte, se refieren a la distinción entre dos tipos de relaciones o posiciones del ciudadano respecto a la administración que se distinguen en la doctrina alemana desde Laband y Mayer: de un lado, la relación llamada, desde la perspectiva administrativa, relación general de poder o de supremacía general o, ya desde la perspectiva del administrado, "relación general de sujeción"; y de otro lado, la llamada relación especial de poder o de supremacía o sujeción especial. En el primer caso, la Administración se presenta armada "sólo" con sus potestades generales, las que la Ley le atribuye por su condición genérica de tal (reglamentaria, impositiva, expropiatoria, policial, sancionatoria, etc)<sup>1794</sup>. En el segundo caso, en cambio, el administrado está inserto en una organización administrativa, respecto de la cual está en una situación de dependencia mayor de la que existe en las relaciones de sujeción general<sup>1795</sup>. En cualquier caso, estas definiciones u otras posibles no constituyen más que un acercamiento primario al concepto de relaciones de especial sujeción, pues éstas son muy diversas y sólo desde este enfoque genérico permiten ser agrupadas bajo un concepto único y basta con pensar en los ejemplos de los presos, los militares o los estudiantes universitarios para comprender lo que venimos diciendo. La diversidad se deriva fundamentalmente, y en lo que aquí importa, del grado de intensidad de la sujeción especial, que conlleva, a su vez, la posibilidad de una mayor o menor intensidad en las afectaciones de la libertad del ciudadano que se encuentra en tales relaciones.

## **B) Admisibilidad de la categoría: justificación**

Conviene poner de relieve que no se trata aquí estrictamente de situaciones singulares cualesquiera, que podrían ser valoradas a efectos de limitar los derechos fundamentales en la fase de aplicación del

---

1793 Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 161 ss.

1794 Ahora bien, como los citados autores señalan, "la cualificación de la condición de administrado sobre ese fondo genérico e inespecífico, común a todos los ciudadanos, iguales ante la Ley, puede venir de títulos diversos, como bien se comprende. Cabe hablar entonces de status especiales [...], status que vendrán definidos normalmente por la condición de destinatario de un 'ordenamiento seccional', en la expresiva terminología italiana. Parece ociosa una clasificación en este momento de esa pluralidad de situaciones jurídicas posibles, que son potencialmente todas en las que el Derecho administrativo regula situaciones concretas de una manera más o menos orgánica y no ocasional", siendo quizás la cualificación más destacada la de "interesado" o parte en un procedimiento administrativo.

1795 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso...*, tomo II, pp. 19 ss.

principio de proporcionalidad, especialmente del subprincipio de ponderación. Se trata aquí de una categoría dogmática a través de la cual se pone de relieve la existencia de ciertas relaciones de ciertos ciudadanos respecto de los poderes públicos en las que existiría un *plus* de sujeción a estos y, por ello, constatada la existencia de tal relación, se justificaría un *minus en el goce* de algunos derechos fundamentales. Si se atiende a lo anterior, se comprende la extraordinaria gravedad de aceptar una categoría como la presente pues, aunque no pretenda como antaño sí lo hizo crear ámbitos exentos al Derecho y en particular a los derechos fundamentales, sí que comporta cuando menos importantes riesgos de convertirse en un caballo de Troya para los derechos fundamentales, o, como la calificara Forsthoff, en una laguna dentro del Estado de Derecho (*Lücke im Rechtsstaat*). Por ello, hay que analizar, en primer término, si es admisible esta categoría como tal y ello comporta, a nuestro modo de ver, referirse, siquiera someramente, a los orígenes de la categoría en nuestro país.

En este sentido, hay que decir que la categoría de las relaciones de especial sujeción, que tiene su origen en el Derecho germano y vinculada al "principio monárquico", fue acogida entre nosotros por el Tribunal Supremo a raíz de un importante artículo de Gallego Anabitarte publicado en 1961<sup>1796</sup>. El TS, en efecto, tomando como base este artículo, va a adoptar como propia esta categoría foránea, sí bien haciendo oídos sordos a la advertencia que el propio Gallego Anabitarte hacía en su trabajo, que era una exposición del *status quaestionis* en la doctrina germana, acerca del fuerte contraste existente entre la situación de hecho en Alemania y la situación que debería existir conforme a la nueva Ley Fundamental, contraste que subsistiría hasta la histórica Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) de 14 de marzo de 1972<sup>1797</sup> que obligó a la adecuación de la realidad jurídica a los nuevos principios constitucionales.

También entre nosotros parece que la promulgación de la Constitución debería haber conducido a un replanteamiento radical de esta categoría, dados los principios y valores nuevos que inspiraban desde entonces nuestro ordenamiento jurídico. Pero ello sólo ha sido así en una limitada medida. El TS y, sobre todo, el TC han sentado una importante doctrina en torno a estas relaciones, sometiéndolas a nuevas exigencias derivadas del texto constitucional, con un alcance que quizás fue suficiente en unos primeros momentos de vigencia del texto

---

1796 Alfredo Gallego Anabitarte, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", *Revista de Administración Pública*, nº 34, 1961, pp. 11 ss. Con anterioridad su función era cubierta a través de otras teorías como la de las situaciones objetivas de Duguit o la de los ordenamientos sectoriales de Giannini o sin ninguna teoría precisa.

1797 BVerfGE 33, 1. Dicho pronunciamiento del TCFA fue seguido de otros (cfr. BVerfGE 34,165; 41,251; 45,400; 47,46...) y la doctrina sostenida en ellos fue inmediatamente asumida por la jurisprudencia administrativa (cfr., al respecto, M. Ronellenfisch, "Das besondere Gewaltverhältnis: ein zu früh totgesagter Rechtsinstitut", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1981, pp. 933 ss; en concreto, pp. 937 ss.).

constitucional, a fin de no romper radicalmente con una situación jurídica muy arraigada ya y que acaso sólo con muchas dificultades podía hacerse saltar por los aires de un solo golpe. Pero hoy, transcurridos más de veinte años de la vigencia de nuestra Constitución, el camino andado es, desde nuestro punto de vista, muy deficiente y materialmente insatisfactorio respecto de las exigencias que la Constitución plantea.

Ello no supone negar la admisibilidad constitucional de la existencia de las relaciones de especial sujeción como tales, sino simplemente que, por un lado, el círculo de posibles relaciones de tal naturaleza tiene un radio de acción considerablemente inferior al que le ha dado nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, y por otro lado, la inserción de un determinado supuesto dentro de la categoría no supone dar carta blanca para la restricción de los derechos fundamentales de los sujetos afectados ni nada que se le parezca, sino sólo para restringir aquellos derechos fundamentales en que la propia naturaleza y fin de la concreta relación de sujeción especial así lo justifique y sólo en la estricta medida en que así sea. Sobre todo ello nos centraremos en los siguientes apartados.

Ahora aquí conviene hacerse eco de la utilidad de esta categoría, porque si, como hemos sostenido, el alcance restrictivo de derechos fundamentales varía para cada relación de especial sujeción, parece que ello podría ser valorado en la aplicación del principio de proporcionalidad, con lo cual esta categoría no añadiría nada nuevo a la dogmática de los límites a los derechos fundamentales, e introduciría una confusión innecesaria. No es, sin embargo, así, desde nuestro punto de vista. Veamos por qué.

Dentro de cada relación de especial sujeción caben muchísimas situaciones particulares, por ejemplo las de los miles de presos o de estudiantes universitarios, bien distinta una y otra, por lo demás, en la multiplicidad de relaciones que pueden trabar con la Administración. La utilidad de esta categoría estriba en que una vez que una determinada relación con la Administración se califica como de "especial sujeción" y se determina cuál es su concreta finalidad, podrá saberse también qué concretos derechos fundamentales pueden tener una modulación especial, y con qué intensidad, en el seno de esa relación por razón de su propia peculiaridad y la necesidad de orden que conllevan. Por poner algún ejemplo: bastará con determinar que una persona es un recluso, y que se encuentra por ello en una situación de sujeción especial, y que tal relación es la penitenciaria —que tiene por finalidad, de un lado, el castigo de quien ha delinquido mediante su privación de libertad y, de otro lado, su reeducación y reinserción en la sociedad—, para que, por ejemplo, su derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones pueda sufrir ciertas modulaciones "especiales" en atención a la finalidad de la relación (no, en cambio, su derecho a la vida o a la integridad física, aunque no cabe duda de que también estos derechos se ven afectados por la especial relación en cierta medida). Por supuesto que la existencia de las relaciones de especial sujeción no

excluye la aplicación del principio de proporcionalidad ni siquiera respecto de aquellos derechos fundamentales afectados por la propia existencia de una relación tal (menos todavía sobre aquellos a los que no afecta); lejos de ello, presupone tal aplicación, pero al mismo tiempo puede modular, por sí misma, la aplicación de aquel principio, que no será la común a los restantes ciudadanos por razón precisamente de la particular relación de sujeción especial en que se inserta, pues, como dice el TC, "existen miembros de determinados colectivos que, en virtud de la función que desempeñan al servicio de un objetivo constitucionalmente relevante, quedan sometidos a limitaciones específicas y, jurídicamente más estrictas" en sus derechos fundamentales, no aplicándoseles únicamente los límites "comunes a todos los ciudadanos"<sup>1798</sup>. Y no puede tampoco decirse que estas relaciones operen como una suerte de "límite inmanente" a los derechos fundamentales, pues tanto la existencia de tal relación, como su alcance restrictivo de *determinados* derechos fundamentales, habrá de justificarse constitucionalmente en abstracto para cada relación en concreto (presos, militares, objetores de conciencia, etc) y, en cualquier caso, siempre habrá de aplicarse el principio de proporcionalidad para enjuiciar cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental en el caso concreto, también cuando se justifique en la existencia de una determinada relación de especial sujeción, si bien la aplicación de la proporcionalidad puede verse modulada con relación, exclusivamente, a aquellos derechos fundamentales vinculados a la finalidad de la relación de sujeción especial de que en cada caso se trate. Así, como dice el TC respecto de la relación penitenciaria, la misma "permite limitar ciertos derechos fundamentales por razón del mismo condicionamiento material de la libertad, pero a la vez impone que se proteja y facilite el ejercicio de los demás que no resulten necesariamente limitados"<sup>1799</sup>.

Y si no puede prescindirse de la categoría de las relaciones de especial sujeción, ello se debe a que las mismas, como López Benítez ha destacado, responden "a una necesidad perenne: la necesidad de operatividad y eficacia que precisa la máquina administrativa en determinados ámbitos", "necesidad que no es ajena a ningún país, ni a ningún ordenamiento", de lo que es prueba que en otros Derechos tal operatividad también se protege a través de esta categoría u otras funcionalmente análogas, lo que prueba que la categoría responde materialmente, cualquiera que sea la forma que asuma, a exigencias ineludibles y se deriva de la propia naturaleza de las cosas<sup>1800</sup>: las relaciones de sujeción especial "siguen siendo, en definitiva, una institución necesaria. Podrá rechazarse este concepto, pero habrá que acudir a otros que respondan a la misma finalidad"<sup>1801</sup>.

---

1798 STC 102/2001, de 23 de abril, FJ 3º.

1799 STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2º.

1800 Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...* cit., p. 40.

1801 Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 43. La Constitución no ha desterrado esta categoría, sino que la ha constitucionalizado y ello



Cuestión enteramente distinta es la del alcance subjetivo y objetivo que la misma pueda tener, alcance que ha de ser distinto para cada tipo de relación de sujeción especial y cuya determinación o fijación ha de venir informada por el valor prevalente que corresponde a los derechos fundamentales, como luego veremos. Y en cualquier caso, la categoría, debidamente utilizada, no supone en modo alguna una prevalencia absoluta de la eficacia de la Administración sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, algo que sería incompatible con nuestro sistema constitucional. Pero la posición central de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento no significa tampoco que hayan de prevalecer en todo caso ante otros derechos o intereses, y entre ellos el "interés general" a que ha de servir la Administración por mandato constitucional expreso y cuya protección es la que justifica que, en determinados casos y bajo estrictos presupuestos, pueda resultar aplicable la categoría de las relaciones de especial sujeción, sin perjuicio del valor preferente de los derechos fundamentales, que tampoco puede ser ignorado en el marco de tales relaciones.

Todo ello conlleva la necesidad, por un lado, de precisar estrictamente cuáles son las verdaderas "relaciones de sujeción especial", para lo que hay que partir de una cierta delimitación conceptual de las mismas como categoría jurídica y, una vez hecho lo anterior, determinar su concreto régimen jurídico, especialmente en cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales y, en concreto, los límites *específicos* a los mismos, única perspectiva que aquí nos interesa. Pero una cosa es que la aplicación técnica de este instituto deba depurarse con mayor precisión y otra que deba prescindirse por entero de sus servicios, pues, a nuestro modo de ver, y a la vista de lo que hemos dicho, la categoría, utilizada con el debido rigor, es una técnica jurídica útil que permite explicar la situación peculiar de determinados colectivos sobre los cuales la Administración, por determinadas razones, puede ejercer unas potestades y facultades que conllevan una sujeción de una intensidad especial respecto de la que es común del resto de los ciudadanos y respecto de los cuales la reserva de ley y el principio de legalidad tiene una operatividad matizada o modulada.

Por todo lo anterior, no nos parece que deba prescindirse de esta categoría, como defiende un sector creciente de nuestra doctrina<sup>1802</sup>

---

como un "instrumento útil para enfatizar al más alto nivel normativo la permanente peculiaridad de unas relaciones jurídicas que definen unos perfiles propios", peculiaridad que consiste "en su propia lógica, esto es, en el orden que vive en el interior de las mismas, que exige e impone un tratamiento diferenciado", dada la permanente, duradera y estrecha relación con la Administración que se traba en ellas (p. 349).

1802 Así, recientemente y de forma decidida, Lorenzo Cotino Hueso, "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España", *Poder Judicial*, núm. 55, octubre-diciembre 1999, pp. 291 ss. Este autor considera que la categoría resulta "inútil y confusa y por lo tanto descartable"; de ahí que "lo mejor sea una completa abolición de esta categoría que sin resolver cuestiones, mayormente las suscita", además de que "es ya imborrable la propia historia y evolución que ha tenido esta

ni tampoco nos parece exacto afirmar que la jurisprudencia constitucional ha desterrado a las relaciones de sujeción especial al baúl de los recuerdos. En este sentido, Cotino Hueso señala que desde 1991 hasta 1998 el TC utiliza la categoría de las relaciones de especial sujeción en 17 sentencias, de las que las cuatro primeras, en los años 1991 a 1994, se refieren a un funcionario policial (STC 234/1991, de 10 de diciembre), a los colegios profesionales (STC 386/1993, de 23 de diciembre), a un policía municipal (STC 289/1994, de 30 de octubre) y a la situación tributaria (STC 195/1994). A partir de 1995, se ha aplicado la categoría a los farmacéuticos (STC 153/1996, de 30 de septiembre) y colateralmente a las Fuerzas Armadas con relación al uso del catalán (STC 87/1997) y sobre todo al ámbito penitenciario, al que se refieren otras once sentencias dictadas a partir de 1995 en que se aplica la categoría que nos ocupa<sup>1803</sup>. Ello pone de relieve, a juicio del citado autor, "la relativa desaparición de la noción de la especial sujeción en la jurisprudencia constitucional", lo que "da a pensar que se ha dado una huida a otras categorías o técnicas jurídicas que permiten limitar derechos fundamentales con mayor sencillez. La alusión a las relaciones de especial sujeción ha dejado de ser aquel útil instrumento que justificaba con relativa facilidad las limitaciones a los derechos y libertades, por lo cual, parece que ya no interesa su empleo en algunos ámbitos específicos", como ocurriría con la relación militar y la funcional<sup>1804</sup>. Y concluye que "el Tribunal Constitucional, aun con retraso, ha ido arrinconando en sus construcciones jurisprudenciales la categoría de las relaciones de supremacía especial. La entrada escalonada de los criterios generales de limitación de derechos y libertades ha vaciado casi

---

categoría. Al nombrar una relación de sujeción especial no puede evitarse pensar en la voluntad estatal de distanciarse del Derecho; tras este concepto subyacen antiguas limitaciones de derechos y libertades no justificadas constitucionalmente. En consecuencia, los efectos jurídicos del empleo de esta categoría difícilmente podrían distanciarse de forma radical del peso del pasado. Por todo ello, cabe ya pasar esta página de la historia" (pp. 307 y 323). Una cosa es, sin embargo, desde nuestro punto de vista, que la categoría se haya empleado con una técnica deficiente y careciendo de la necesaria base doctrinal y de un concepto refinado de la misma, aplicándola así a supuestos que nada tienen que ver en rigor con la sujeción especial e incluso *contra cives*, y otra bien distinta que la categoría en sí misma sea innecesaria o inútil. Por el contrario, nos parece que la misma puede cumplir una función de utilidad también con relación a la limitación de los derechos fundamentales, si bien a través de la oportuna precisión en su aplicación técnica y de su concepto estricto, problemas estos de los que el autor citado no se ocupa realmente en su trabajo y que son en realidad las cuestiones que la categoría de las relaciones de sujeción especial plantea.

1803 Existen, sin embargo, sentencias del TC que Cotino ha pasado por alto en estos años. Así, por ejemplo, la importante STC 57/1994, de 28 de febrero, que aplica la categoría a la relación penitenciaria, por lo que ya no es cierto lo que el autor señala de que, en los años 1991 a 1994, la categoría no se aplica a la relación penitenciaria. Y por si cupiera alguna duda, la reciente STC 102/2001, de 23 de abril, ha venido a confirmar con toda solemnidad la pervivencia de la categoría de las relaciones de especial sujeción.

1804 Lorenzo Cotino Hueso, "Relaciones de especial...", cit., pp. 308-309.

completamente la significación y utilidad de esta noción. Por ello, no resulta aventurado pronosticar su definitivo abandono por el Alto Tribunal<sup>1805</sup>, que es lo que el autor propugna sobre la base de que toda restricción a un derecho fundamental ha de legitimarse conforme al principio de proporcionalidad en su triple vertiente<sup>1806</sup>.

Pues bien, a nuestro modo de ver, ni puede afirmarse que el TC haya abandonado la categoría de las relaciones de sujeción especial<sup>1807</sup>, ni tampoco parece correcto considerar que la función que cumple la categoría que nos ocupa queda subsumida por el principio de proporcionalidad. Desde luego, la categoría de las relaciones de especial sujeción no sustituye ni evita un examen de la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales ni tampoco, por otro lado, constituye un requisito añadido de legalidad de una intervención en un derecho fundamental. Es simplemente una técnica concurrente a través de la que se explican ciertas modulaciones de la reserva de ley y del principio de proporcionalidad mismo en atención a la concreta finalidad de interés general que hay que determinar para cada relación de sujeción especial en particular y que preside su aplicación. Y es, pues, una técnica que, lejos de excluir la aplicación del principio de proporcionalidad, la presupone y está dirigida precisamente a facilitarla y hacerla más previsible y controlable, reclamando sólo su aplicación con especial atención a sus peculiaridades. Indudablemente, podrá prescindirse del *nomen iuris* y sustituirse por otro, pero de lo que no podrá prescindirse es de la valoración del sustrato material que subyace a esta categoría en los supuestos en que, en puridad y rigor, sea aplicable. Y por ello mismo, para que esa valoración sea lo más precisa, explícita y previsible posible, es preferible mantener esta categoría, hoy bien conocida y estudiada en la doctrina tanto española como alemana y que el propio TC y el TS vienen aplicando desde hace años, si bien su técnica habrá de ser depurada en mayor detalle y, en particular, son precisas, como veremos en los siguientes apartados, dos precisiones de gran importancia: a) por un lado, se ha de reconducir su ámbito subjetivo de aplicación a los límites constitucionales y a un concepto general claro de la institución; y

---

1805 Lorenzo Cotino Hueso, "Relaciones de especial...", cit., pp. 311-312.

1806 Lorenzo Cotino Hueso, "Relaciones de especial...", cit., pp. 320-321.

1807 Desde luego, no la ha dejado de lado el TC respecto de la relación de sujeción especial de mayor intensidad como lo es la penitenciaria (así, entre la jurisprudencia más reciente, SSTC 35/1996, de 11 de marzo; 48/1996, de 25 de marzo; 170/1996, de 29 de octubre; 81/1997, de 22 de abril; 128/1997, de 14 de julio, etc.) ni tampoco, como se ha apresurado a afirmar Cotino, respecto de la militar [y así se lee en la reciente STC 31/2000, de 3 de febrero: "es de tener en consideración la especial relación de sujeción en la que se encuentran los militares" (FJ 4) y las "especialidades" que de ello derivan (FJ 5º), y en idéntico sentido puede citarse la STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 8º y, sin usar el *nomen iuris* de relaciones de especial sujeción, la STC 102/2001, de 23 de abril, FJ 3º] ni, en fin, hay abandono de esta categoría dogmática por parte del TC en el caso de la relación funcional (así, por ejemplo, las recientes SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 6º; 29/2000, de 31 de enero, FFJJ 3y 5º).

b) por otro lado, se habrá de precisar su alcance limitador sobre los derechos fundamentales en cada una de las relaciones de sujeción especial que se reconozca.

Este "camino" ha sido recorrido en parte por la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, pero se ha hecho en ocasiones con "atajos" inadmisibles, "desbordamientos" injustificables y falta de rigor jurídico y perspectiva general. Ello pudo deberse durante algún tiempo a la falta de tratamiento suficiente de la cuestión entre nosotros, pero ya no responde a la situación actual pues justamente la aplicación jurisprudencial de la categoría del TS ha dado lugar a variados estudios doctrinales sobre el tema en sus aspectos más fundamentales, en los que se han formulado diversas críticas de alcance a la jurisprudencia que habrían de tenerse en cuenta. Las lacras y deficiencias que ésta sin duda sigue presentando merecen una crítica sin duda, pero no han de llevar, a nuestro modo de ver, a la solución radical de prescindir de una categoría funcional, sino a exigir y propugnar su tratamiento técnico y constitucionalmente adecuado sobre una base conceptual y dogmática clara y precisa pues, con tales presupuestos, la categoría es susceptible de prestar servicios de utilidad en la aplicación diaria del Derecho y el control de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. No es una categoría jurídica insustituible, pues casi ninguna lo es, pero si puede ser una categoría funcional para explicar determinadas situaciones jurídicas<sup>1808</sup>. Ése, y no otro, es el modesto, pero importante, papel que

---

1808 Ello tampoco significa que siempre que se dé una situación de sujeción especial haya que recurrir a esta categoría. Así habrá que hacerlo cuando la misma pueda servir como instrumento al servicio de la aplicación del principio de proporcionalidad y la adecuada motivación o argumentación constitucionales y así, por ejemplo, pese a la utilidad que la categoría demuestra tener respecto a la relación de sujeción especial más intensa (la penitenciaria: por ejemplo, entre las más recientes, SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 128/1997, de 14 de julio; 35/1996, de 11 de marzo; 48/1996, de 25 de marzo; 170/1996, de 29 de octubre- 81/1997, de 22 de abril, etc), no era necesaria en el caso resuelto por la STC 60/1997, sobre motivación de una resolución judicial sobre sanción de aislamiento en celda a un preso (salvo que se utilizara, lo que no es el caso, en el sentido de las SSTC 2/1997 o 81/1997, que luego se comentarán); ni tampoco en el supuesto de la STC 83/1997, de 22 de abril, relativa a las garantías del art. 24 en un procedimiento disciplinario a un preso, garantías que lejos de sufrir limitaciones específicas se han de aplicar con "especial rigor" (en este caso el TC no aplica la categoría, limitándose a hacerse eco de las "peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario" que no pueden implicar que "la justicia se detenga en puerta de las prisiones" (STEDH de 28 de junio de 1984). Tampoco resultaba útil la categoría en el caso resuelto por la STC 177/1996, de 11 de noviembre, relativo a una orden dada a un militar de participar en unos actos organizados por la autoridad militar de inequívoco contenido religioso, pues, como señala el TC, aun cuando su participación obedeciera a razones de representación institucional de las FAS, "debió respetarse el principio de voluntariedad de la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado de( servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa" en su vertiente negativa (decidir en conciencia si desea o no participar en actos de esta naturaleza), que vincula a las FAS como a todos los poderes públicos (FJ 10º); se trataba, pues, de un supuesto en que la sujeción especial no tenía operatividad propiamente, por

corresponde a toda teoría o técnica jurídica digna de mención y por ello, a nuestro juicio, la institución debe mantenerse.

### **C) Ámbito subjetivo de aplicación y justificación constitucional *ad casum***

Uno de los déficits más graves que presenta esta categoría en la praxis jurisprudencial es la aplicación desmedida de la misma desde el mismo momento de su acogida entre nosotros, algo que tal vez fuese compatible con la concepción del Derecho vigente durante el franquismo, pero que, desde luego, entraba en contradicción con los nuevos valores y principios acogidos por la Constitución a partir de 1978, pese a lo cual el desbordamiento aplicativo de la categoría se mantuvo, bien que corregido respecto de la situación preconstitucional. Una vez que entra en vigor la CE, acogiendo ésta como hace de una manera más o menos directa las relaciones de especial sujeción en diversos preceptos (así, artículos 25.2 y 3, 26, 27, 28.1 y 2, 29.2, 30-2, 103.3, 104, 127 y 159.4)<sup>1809</sup>, se produce,

---

más que la disciplina estuviese implicada. Tampoco, en fin, era necesaria la aplicación de la categoría en la STC 31/2000, de 3 de febrero, como el propio TC señala en el FJ 5º: "[...] abstracción hecha de las especialidades de la relación de sujeción especial que vincula a los militares con la Administración militar, y que, por lo dicho, no pueden extenderse al extremo de privarles del derecho a la tutela judicial efectiva que, en tanto que ciudadanos, también la Constitución les reconoce", por lo que se declara inconstitucional el precepto que establece la exclusión judicial contra actos administrativos mediante los que se impone una sanción administrativa añadida a la condena impuesta en una resolución judicial penal firme, sin que sea suficiente la procedencia del amparo ante el TC. Por el contrario, la categoría de las relaciones de sujeción especial sí que ha de tener operatividad en el caso de una sanción a un militar por consentir una relación extraconyugal de su cónyuge en su propio domicilio en cuanto conducta contraria al honor militar: el TC, sin embargo, enjuicia la sanción tanto desde la perspectiva del art. 25, como desde la del derecho a la intimidad pero no aplica, en teoría, la categoría de las relaciones de sujeción especial, aunque a toda su argumentación subyace materialmente la idea de que se trata de una relación de sujeción especial y así, tras recordar "las altas funciones que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente encomendadas (art. 8.1 CE)", señala el TC que "no cabe duda de que la realización de conductas deshonorosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos, que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes. Por ello resulta constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límites incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales" y, en particular, del derecho a la intimidad personal y familiar (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 6º). Véanse, también, las SSTC 102/2001, de 23 de abril, y 115/2001, de 10 de mayo.

1809 Mariano López Benítez (*Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 345-346) entiende que además "es posible inducir también el reconocimiento constitucional de algunas de las relaciones especiales de poder que se entablan en el seno del establecimiento. Así sucede, por ejemplo, con las relaciones que se entablan con los centros hospitalarios y asistenciales (art. 43.2 CE) o incluso con la propia idea del

sin embargo, como ocurriera en Alemania, un claro divorcio entre lo que son las relaciones de especial sujeción en la práctica jurídica y lo que éstas deberían ser conforme al nuevo texto constitucional. La adecuación inmediata de la realidad jurídica a los preceptos constitucionales no era posible sino que se precisaba un cierto tiempo dada la fuerza de la inercia histórica y, en este sentido, el TC y el TS estaban destinados a jugar un importante rol.

Se imponía, en primer lugar, una reducción sustancial del ámbito subjetivo de aplicación de las relaciones de especial sujeción, de tal modo que éstas no se aplicasen a supuestos distintos de aquellos en que la Constitución lo admitía, bien por declararlo expresamente, bien por deducirse así de una interpretación de conjunto del texto constitucional. Sin embargo, la jurisprudencia tanto del TC como, en mayor medida, la del TS sobre este punto, merece un severo juicio negativo, pues no ha sabido reducir, en el tiempo bastante más que razonable de que ha dispuesto, la aplicación de las relaciones de especial sujeción a aquellos supuestos en que la CE lo permite, lo cual sólo se ha podido hacer a costa de chocar con la Constitución, desde nuestro punto de vista.

En efecto, el TS, vigente ya la CE/78, ha aplicado el concepto de RES, entre otros supuestos, a: a) los cosecheros de vinos que tienen una denominación de origen<sup>1810</sup>; b) los promotores de viviendas e incluso a los ciudadanos que compran viviendas de protección oficial<sup>1811</sup>; c) los agentes de aduanas<sup>1812</sup>; d) los auto-taxis<sup>1813</sup>; e) los miembros de profesiones tituladas integrados en Colegios profesionales; f) los banqueros y todos aquellos que se inscriban en un Registro administrativo con vigilancia administrativa posterior<sup>1814</sup>; g) los detectives privados<sup>1815</sup>; h) los concesionarios de servicios públicos<sup>1816</sup>; i) las personas que de un modo u otro participan en la organización de una corrida de toros, incluidos los espectadores<sup>1817</sup>. El TC, por su parte, ha incluido en la categoría de las relaciones de especial sujeción a los promotores de viviendas<sup>1818</sup>, a los Colegios profesionales<sup>1819</sup>, a los detectives privados<sup>1820</sup>, o, incluso, a todos los ciudadanos que tengan una relación

---

servicio público latente en el espíritu de la Constitución, aunque no formulada expresamente", pero sí de manera tácita a través de las múltiples referencias que se hacen a algunos de los servicios públicos más característicos (la enseñanza, la salud, etc.) y también de forma indirecta a través de las importantes referencias que se hacen a los servicios esenciales de la comunidad.

1810 SSTs de 13 de diciembre de 1985, de 7 de junio de 1986 y 17 de octubre de 1989.

1811 SSTs de 5 de julio de 1985 y 8 de junio de 1988.

1812 STS de 11 de abril de 1981.

1813 SSTs de 15 de julio y 29 de septiembre de 1989.

1814 STS de 18 de febrero de 1985, 7 de octubre de 1988 y de 3 de marzo de 1990.

1815 STS de 29 de noviembre de 1988.

1816 SSTs de 5 de abril de 1976, 15 de marzo de 1978, 21 de diciembre de 1987 y 29 de febrero de 1988.

1817 STC 66/1984, de 6 de junio.

1818 STC 219/1989, de 21 de diciembre.

1819 STC 61/1990, de 29 de marzo.

jurídico-tributaria con el Estado<sup>1820</sup>.

El análisis de la jurisprudencia del TC y del TS pone de relieve que ambos Tribunales han utilizado la categoría de las relaciones de especial sujeción a modo de “varita mágica” sobre los más diversos grupos, incluso fuera del ámbito doméstico de la administración, lo cual resulta especialmente grave si se atiende a los efectos sumamente graves que tiene la calificación de una relación como de sujeción especial, como enseguida se verá. Como dijéramos hace ya unos años, aunque tal jurisprudencia no tiene justificación, sí tenía una explicación: la carencia en nuestra doctrina de una teoría general de las relaciones de especial sujeción que, partiendo de la necesidad de que éstas tengan fundamento constitucional, plantee una sustancial reducción de su ámbito de aplicación, llevando así una categoría que puede desempeñar funciones de importancia, si se utiliza como es debido, a sus justos términos y no extendiéndola a situaciones que poco o nada tienen que ver con la sujeción especial. Desde entonces, a lo largo de los años noventa, se han desarrollado y publicado una serie de investigaciones, fundamentalmente de la doctrina administrativista, que han permitido llevar a cabo una delimitación positiva y negativa de los supuestos encajables dentro de las relaciones de especial sujeción. En esta línea, debe destacarse el esfuerzo delimitador de López Benítez, que, en términos generales y sin entrar en la discusión en particular, aquí imposible, nos parece enteramente suscribible.

Este autor, partiendo de su concepto de estas relaciones en el sentido más arriba explicitado, considera que no pueden considerarse relaciones de especial sujeción las siguientes: usuarios del dominio público, concesionarios de servicios públicos (propios o impropios o virtuales), ejercientes de funciones públicas (detectives privados, vigilantes jurados, habilitado de clases pasivas, viticultores, productores de determinados géneros con sus correspondientes denominaciones de origen, o espectadores, lidiadores, empresario y criador con relación a los espectáculos taurinos), promotores de viviendas de protección oficial, personas que perciben una subvención de la Administración Pública, miembros de las Corporaciones profesionales y representativas de intereses económicos o sociales, personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, parlamentarios y abogados y procuradores respecto de los jueces y magistrados<sup>1821</sup>. En cuanto a la delimitación positiva de qué relaciones jurídico-administrativas pueden considerarse como de sujeción especial, aquí deben incluirse, desde nuestro punto de vista, y coincidiendo sustancialmente con López Benítez<sup>1822</sup>, la relación de los funcionarios civiles (art. 103.3 CE, incluyendo tanto al funcionario de carrera como al de empleo, interino, eventual o en prácticas), la de los jueces y magistrados (art. 127 y 159.4 CE), así como la de los militares (arts. 28 y 29 CE) y los policías (art. 104 CE), la relación penitenciaria, la

1820 STC 76/1990, de 26 de abril y 195/1994, de 28 de junio.

1821 Mariano López Benítez, *Las relaciones de...*, cit., pp. 215 ss.

1822 Mariano López Benítez, *Las relaciones de...*, cit., pp. 260 ss.

de los soldados que realizan el servicio militar obligatorio, la de los objetores de conciencia y las de los usuarios de servicios públicos cuando exista una relación duradera (*Dauernutzungsverhältnissen*) y no meramente ocasional (*Einzelnutzungsverhältnissen*), tratándose por lo general de relaciones en torno a establecimientos cerrados, como hospitales, asilos, manicomios o escuelas.

Probablemente las críticas doctrinales hayan contribuido a la reconsideración por parte del TC del ámbito subjetivo de aplicación de las relaciones de especial sujeción<sup>1823</sup>, pues en la última década la categoría se ha aplicado fundamentalmente a la relación penitenciaria, a la policial, a la militar, a la de los colegios profesionales o a los farmacéuticos, si bien no faltan decisiones que suponen una aplicación indebida de la categoría a relaciones que no son, en puridad, con mayor o menor claridad, de sujeción especial, como la de los detectives privados<sup>1824</sup> o la

---

1823 Es de destacar, por ejemplo, que en la STC 60/2000, de 2 de marzo, se declara inconstitucional la tipificación de infracciones leves en el art. 142.n) de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre de las contravenciones de las normas reglamentarias "aplicables en cada caso", pues la remisión al Reglamento no va acompañada de una "definición básica de la conducta prohibida" por la propia Ley, pues no lo es la simple acotación de una materia (entendiendo que la remisión lo es sólo a los reglamentos sobre transportes terrestres por carretera) o el carácter residual de la infracción (respecto de otros tipos definidos con precisión en la misma Ley), sino que hace incierto e impredecible qué otras conductas están prohibidas, algo que podrá fijar por entero y ex novo el poder reglamentario. Es, por tanto, una tipificación por remisión y en blanco que resulta inconstitucional (FFJJ 4º y 5º). Pues bien, y esto es lo importante y lo que nos interesa destacar, ninguna referencia se encuentra en la sentencia a la categoría de las relaciones de sujeción especial para así modular las exigencias del principio de legalidad sancionadora del art. 25 CE y ello pese a que en otras ocasiones consideró el TC que los concesionarios o personas que requieran para su actividad una autorización administrativa estaban insertos en una relación tal. Esta expansión conceptual desmedida del concepto de relación de especial sujeción no es rechazada de un modo expreso por el TC, pero el hecho de que ni siquiera se plantee colateralmente la cuestión y aplique con todo rigor el principio de legalidad muestra que es una concepción superada. Con todo, hay un dato que pone de relieve que la cuestión de si se trataba en el caso de una relación de sujeción especial sí debió de plantearse en el seno del Pleno y es el único voto particular formulado a la sentencia, y por el Magistrado señor Garrido Falla, defiende la constitucionalidad del precepto sobre la base de que se trataba de una infracción leve y "se trata de la organización del transporte terrestre y, por tanto, las normas reglamentarias aludidas sólo afectarán a un sector de la población bien definido, en buena parte sujeto a la potestad reglamentaria de la Administración por específicos títulos de supremacía, como es la concesión o la autorización especial". Pues bien, esta desfasada caracterización de las relaciones de sujeción especial, rechazada hoy por casi toda la doctrina, pero propugnada por el citado magistrado y administrativista, no ha sido asumida por el Pleno del TC en su sentencia, en la que se lleva a cabo una aplicación modélica y sin concesiones o modulaciones del principio de legalidad del art. 25.1 CE, sin que la doctrina de las relaciones de sujeción especial tenga aquí la más mínima operatividad. Es, por ello, la sentencia un modelo a seguir y muestra las nuevas pautas a que responde la jurisprudencia constitucional, sin discrepancias dignas de mención en su seno.

1824 STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2º.



de los contribuyentes<sup>1825</sup>. Aunque falta, desde luego, en la jurisprudencia una mínima claridad conceptual y utilización rigurosa y sistemática de la categoría de las relaciones de especial sujeción, hay que reconocer que, en los últimos años, ha disminuido el riesgo de desbordamiento de la categoría y se ha reducido su utilización o aplicación indebida, si bien tampoco se ha perfilado de un modo resuelto su ámbito subjetivo de aplicación conforme a las precisiones que la doctrina más reciente, siguiendo por lo demás los importantes desarrollos del tema en el Derecho alemán, ha ido introduciendo. Ése es, sin duda, un presupuesto indispensable para que la categoría pueda desplegar todas las funciones de utilidad que su empleo prudente y técnicamente preciso encierra y ésta es, todavía, una tarea pendiente en nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria<sup>1826</sup>. Es de destacar, en esta línea, la reciente STC 132/2001, de 8 de junio, en la que, tras un análisis de la categoría de las relaciones de especial sujeción, el TC descarta, bien que un tanto ambiguamente, que la relación de los auto-taxis con la Administración sea de sujeción especial, algo que debería ser obvio, por lo que estaría de más la consideración en tal supuesto de hecho de la categoría de las relaciones de especial sujeción, pero no es así a la vista de nuestra experiencia y de la posición de alguna jurisprudencia del TS, que hacen todavía hoy necesarias estas precisiones de que un taxista, ejerciente de una actividad económica privada (aunque reglamentada) como empresario, no está sujeto a una relación de especial sujeción. Es igualmente acertada la formulación genérica de la reciente STC 102/2001, de 23 de abril, en el sentido de que hay colectivos que, "en virtud de la función que desempeñan al servicio de un fin constitucionalmente relevante, quedan sometidos a limitaciones específicas y, jurídicamente, más estrictas". Ésta es, sin duda, la línea a seguir, tanto por la jurisprudencia constitucional como la ordinaria, a fin de reconducir la categoría de las relaciones de especial sujeción a sus justos términos en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de las mismas<sup>1827</sup>.

---

1825 STC 78/1990, de 26 de abril, FJ 3º; y 195/1994, de 28 de junio, FJ 3º. El art. 31 daría base para ello, según el TC, al sujetar al ciudadano al deber tributario.

1826 Tampoco se ha operado una delimitación suficientemente precisa de los supuestos a que es aplicable la categoría en la jurisprudencia ordinaria y así, el TS ha seguido aplicándola en los años 90 a concesionarios (SSTS 2 de noviembre de 1993, 21 de marzo y 19 de junio de 1991), agencias de viaje (STS de 26 de febrero y 21 de mayo de 1991 y de 12 de marzo de 1993), bancos (SSTS 28 de abril de 1990, 11 de julio de 1990, 22 de abril y 28 de mayo de 1991 y 12 de mayo de 1992), cajas de ahorro (SSTS de 11 de abril de 1990 y 22 de abril de 1991), cámaras de comercio (STS de 15 de febrero de 1992), cooperativas de crédito (STS de 3 de mayo de 1993), promotores de viviendas de protección oficial (SSTS de 30 de octubre de 1991 y 23 de enero de 1992) o incluso a un miembro de un hogar del pensionista a quien se sanciona "por discutir en términos irrespetuosos para la Directora del Centro" (STS de 20 de mayo de 1996). Tomamos las referencias jurisprudenciales de Lorenzo Cotino Hueso, "Relaciones de especial...", cit., pp. 313 ss.

1827 Una cierta revisión de su doctrina anterior respecto de la consideración de los detectives privados como insertos en una relación de sujeción especial se observa en la misma STC 102/2001, de 23 de abril, FJ 4º: "Sólo tangencialmente, y sin constituir

#### **D) El ámbito o alcance objetivo de las relaciones de sujeción especial**

Dos son los abusos que han caracterizado la utilización de esta categoría: el primero, que ya hemos visto, se refiere a la expansión desmedida de su ámbito subjetivo de aplicación, haciendo operar a esta categoría respecto a supuestos que poco o nada tienen que ver con una verdadera relación de especial sujeción; y el segundo, que es el que ahora centrará nuestras reflexiones, guarda relación con el alcance que se ha dado a la categoría en cuanto a su capacidad para justificar rebajas en las garantías. Es de sentido común que las restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales no puede ser de la misma intensidad o grado en el caso de un funcionario que en el de un soldado, en el de un juez que en el de un preso, o en el de un soldado que en el de un colaborador social. Todos ellos están sometidos a una relación de especial sujeción, pero resulta obvio que la intensidad o "especialidad" de la sujeción es (o, en todo caso, debería ser) distinta en unos casos que en otros.

La anterior consideración, ciertamente de perogrullo en su formulación genérica, ha de llevar, de un lado, frente a la concepción bipolar de la jurisprudencia, que distingue simplemente entre relaciones de sujeción general y de sujeción especial, a realizar una segunda y múltiple diferenciación, dentro de las últimas, de muy diversas clases y, en función de la mayor o menor intensidad, admitir también una rebaja mayor o menor en las garantías, que no podrá afectar, en todo caso, ni siquiera en los supuestos de mayor intensidad, a su núcleo duro. Para cada concreta relación de especial sujeción habrá que determinar, en primer lugar, qué derecho o derechos fundamentales podrán, excepcionalmente, sufrir limitaciones o restricciones específicas derivadas de la supremacía especial de que goza la Administración. Para ello tiene una gran relevancia determinar cuál es el concreto fin de cada relación de sujeción especial, pues si toda relación jurídica conlleva, de un lado, una cierta estabilidad y una no menos necesaria dependencia y conformación al orden jurídico, de otro lado también exige que exista un fin diseñado por el ordenamiento para tal relación jurídica (sin un fin señalado por el ordenamiento, no hay relación jurídica, sino relación jurídicamente irrelevante o antijurídica), y ello es aplicable a las relaciones de sujeción especial. Y como López Benítez destaca, "este fin institucional, al que la relación sirve, signa a ésta en todo instante y proporciona una permanente brújula que orienta la singladura de la propia relación"<sup>1828</sup> y que, en particular, ha de servir para determinar qué derecho o derechos fundamentales concretos resultan (o pueden resultar)

---

propiamente 'ratio decidendi' del caso, se aludió en la STC 61/1990, FJ 8, a que un detective privado con autorización administrativa se encontraba en una 'relación especial de sujeción', aun cuando aquella relación administrativa especial no tuviera base directa en la Constitución o en una ley conforme con la Constitución".

<sup>1828</sup> Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 165 ss., véanse, también, las pp. 142-143.

afectados por la sujeción especial y en qué concreta medida, o hasta qué punto, pueden ser limitados específicamente tales derechos fundamentales.

Por otra parte, en nuestra doctrina se ha acogido ya tempranamente<sup>1829</sup> la distinción clásica de Ule en el Derecho alemán<sup>1830</sup> de dos elementos dentro de cada una de estas relaciones, entendiéndose que para cada uno de esos dos aspectos rige de manera diversa la vinculación a la ley<sup>1831</sup>: a) una relación básica de sujeción, que en cuanto afecta a los derechos de los ciudadanos, no es disponible por la sola Administración con potestades domésticas, sino sólo con base en la ley; y b) una relación de funcionamiento, sobre la que sí sería posible reconocer una libertad de disposición normativa a la Administración y, por ende, a sus Reglamentos organizativos (e independientes)<sup>1832</sup>. Incluso en la hipótesis, muy discutible por lo demás, de que, como sostiene la mayor parte de la doctrina administrativista, en esa relación de funcionamiento quepan en efecto reglamentos independientes, lo cierto es que ello será así siempre y cuando no se afecten derechos fundamentales, pues de resultar estos afectados estaríamos ya en la "relación básica" y no en la de funcionamiento. Así pues, están vedados los reglamentos independientes en la regulación de los límites a los derechos fundamentales incluso cuando se trate de relaciones de especial sujeción, por más que nuestra jurisprudencia no siempre responda a estos planteamientos, como a continuación veremos.

Aunque por razones obvias de espacio, pero también por la naturaleza de la presente investigación, no podemos aquí precisar el alcance objetivo de cada relación de sujeción especial en cuanto a la restricción de derechos fundamentales, sí que podemos exponer, de

1829 El autor que introduce esta distinción de Ule en nuestra doctrina, ya en 1978, es José Luis Carro Fernández-Valmayor en su trabajo conjunto con Rafael Gómez-Ferrer Morant, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", *RAP*, núm. 87, pp. 181-182.

1830 Carl Hermann Ule, "Das besondere Gewaltverhältnis. Probleme des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im besonderen Gewaltverhältnis", *VVDStRL*, 15, 1957, p. 152.

1831 La diferenciación de Ule, no obstante, no estaba dirigida a proponer una vigencia diversa del principio de legalidad en la relación básica y en la de funcionamiento, sino que eso es algo que luego ha propuesto la doctrina posterior, con diversas variantes tanto en España como en Alemania. La distinción de Ule se dirigía a permitir la tutela judicial en la relación básica frente a la posición tradicional que consideraba que las relaciones de especial sujeción estaban exentas de todo control judicial.

1832 Sobre ello, véase Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...* cit., pp. 333 ss., quien señala, por un lado, las dificultades de fijar con precisión la línea fronteriza entre la relación básica o fundamental y la de funcionamiento o de empresa, como la jurisprudencia administrativa alemana pone de manifiesto; y por otro lado, considera, a la luz de la jurisprudencia constitucional, que sostener que la reserva de ley rige en la relación fundamental (así, STS de 27 de marzo de 1985), es "para nosotros quedarse muy corto, porque nuestra reserva de Ley demanda mayores exigencias".

manera aproximativa y *grosso modo*, el régimen jurídico de las más importantes relaciones de especial sujeción respecto de la vigencia en los mismos de los derechos fundamentales y las restricciones específicas a los mismos que resulten admisibles. Pero antes de ello, aludiremos a la posible operatividad de esta categoría sobre la reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

#### **A') Reserva de ley en materia de derechos fundamentales y relaciones de sujeción especial**

Hemos dicho ya antes que ni siquiera cuando se trate de una relación de sujeción especial cabe que un reglamento independiente (y no ejecutivo de la ley) regule los límites a los derechos fundamentales, por más que la jurisprudencia no coincida siempre con este planteamiento y admita restricciones a derechos fundamentales por medio de meras normas reglamentarias, incluso circulares<sup>1833</sup>.

Incluso en materia disciplinaria, frente a la dicción clara del artículo 25.1 CE en el sentido de que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la *legislación vigente en aquel momento*, el TC y el TS admiten la imposición de sanciones administrativas sin base legal. En efecto, el TS ha sostenido, con apoyo en la jurisprudencia del TC, que a las relaciones de especial sujeción no le es "aplicable la reserva de ley establecida en el artículo 25.1" CE<sup>1834</sup> y, en general, admite la validez del reglamento independiente en el seno de las RES<sup>1835</sup> e, incluso, la regulación por una mera Circular del Banco de España<sup>1836</sup> —cuya misma naturaleza normativa es, como se sabe, discutida por la doctrina—. Todavía una reciente Sentencia del Tribunal Supremo considera no sólo que un miembro de un Hogar del Pensionista

---

1833 El TS admite la limitación de la libertad de expresión de los médicos, sin base legal, por medio de una Instrucción de un Director Provincial del INSALUD (STS de 13 de enero de 1988) o una limitación del mismo derecho fundamental por medio de un Real Decreto (STS de 3 de marzo de 1990) o una restricción al derecho fundamental de libre circulación por el territorio español (art. 19) al amparo de una mera norma reglamentaria (STS de 22 de febrero de 1985), o la limitación al derecho de libre elección de oficio o profesión (art. 35.1) por un Reglamento sin base legal (STS de 29 de septiembre de 1988). También admite el TS la restricción del libre ejercicio de la profesión (art. 36) sin base legal (STS de 30 de mayo de 1988). Y tanto el TC como el TS admiten la restricción del derecho de reunión (en puridad, la prohibición de su ejercicio) por una Resolución del Director General de la Policía, que se basa en la Circular 31/1977, aprobada sin habilitación legal (STC, 91/1983, de 7 de noviembre; STS de 13 de mayo de 1986).

1834 STS de 29 de diciembre de 1987.

1835 SSTs de 5 de julio y 13 de diciembre de 1985 y de 9 de julio, 29 de septiembre y 8 de noviembre de 1988. La jurisprudencia "menor" sostiene, con toda frecuencia, posturas parecidas y así la s. de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 1992 dice que, en el ámbito funcional, "se exceptiona la aplicación del principio de reserva de ley".

1836 STS de 18 de febrero de 1985.

está inserto en una relación de sujeción especial, sino que por tal razón "en el presente supuesto no es procedente aplicar, dadas las características de la relación especial de sujeción, los principios constitucionales de tipicidad de las infracciones y sanciones habida cuenta de que la materia no resultaba de obligada regulación mediante reglamento"<sup>1837</sup>.

El TC, por su parte, considera que incluso en el seno de las relaciones de especial sujeción la potestad sancionatoria requiere una base normativa legal, pero esta existe cuando la ley, en la especificación y grabación de las infracciones, se remite al Reglamento<sup>1838</sup>. Y lo cierto es, además, que al TC le ha bastado en ocasiones con una remisión puramente formal (o, como dice el propio TC, "vacía de todo contenido sancionador material propio"<sup>1839</sup>) de la ley al reglamento para considerar cumplido el principio de reserva de ley. Sin embargo, es preciso reconocer que el TC, bien que sólo de manera tácita y relativa, ha rectificado su doctrina inicial sobre este punto en la importante STC 61/1990, relativa a sanciones en el seno de una relación de especial sujeción (o, más bien, lo que el TC considera tal: detectives privados), y en la que el TC afirma que "no se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo", y ciertamente el propio TC había relativizado de tal modo el principio de reserva de ley en estas relaciones que prácticamente lo había reducido al principio de legalidad en sentido estricto (la ley como mera forma habilitadora del reglamento). En esta sentencia sostiene expresamente el TC que "siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación —nunca supresión— a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la relación"<sup>1840</sup>. Y lo que es más importante, en la misma sentencia entenderá el TC que, pese a tratarse la de autos (a su juicio) de una relación de sujeción especial, la revocación de una licencia de detective privado sin otra cobertura que una Orden Ministerial constituye una violación del derecho a la legalidad penal del art. 25 CE, rompiendo así con la doctrina anterior que venía a admitir restricciones a derechos fundamentales como por ejemplo hacía en una sentencia dictada apenas unos días antes<sup>1841</sup>. Dicha sentencia marcó sin duda un giro de timón en la doctrina del TC sobre la operatividad de la reserva de ley y el principio de legalidad en estas relaciones, y así en la STC

---

1837 STS de 20 de mayo de 1996.

1838 SSTC 2/1987, de 21 de enero y 219/1989, de 21 de diciembre.

1839 STC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 3º. En la STC 42/1987, de 7 de abril, se reputa inconstitucional "en el ámbito de las relaciones de sujeción general" (a que la sentencia se refiere) la simple habilitación a la Administración por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras".

1840 STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8º.

1841 STC 47/1,990, de 20 de marzo, FJ 4º.

234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2º, con cita de la STC 61/1990, se lee que "las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito [...] en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa [...] tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación". No obstante el giro producido, tampoco puede decirse que haya habido una ruptura total ni suficiente con la praxis anterior y así, en la reciente STC 119/1996, por ejemplo, el magistrado señor Viver Pi i Suñer discrepó respecto de la constitucionalidad declarada por la mayoría de una restricción de un derecho fundamental a un presidiario a través de "una mera Circular carente de la cobertura legal que exige el art. 25.2 CE".

Desde nuestro punto de vista, es claro, por una parte, que la reserva de ley pierde parte de su fundamentación material en el seno de las relaciones de sujeción especial y es por ello admisible una modulación de sus exigencias y, en este sentido, es correcto lo que dice el TC en la reciente STC 102/2001, de 23 de abril: "Entre los derechos modulables en una relación administrativa especial se cuenta el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE. Y aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales" (relaciones de especial sujeción). Ello se explica, a nuestro modo de ver, no en la aplicación del principio *volenti non fit iniuria*<sup>1842</sup> (que, además de suponer una traslación injustificada de criterios del Derecho privado o del trabajo al Derecho público, no podría explicar, desde luego, relaciones de sujeción especial en que no hay voluntad del sometido, como patentemente sucede en el caso de los presos, por ejemplo), sino más simplemente por el hecho de que el principio de reserva de ley responde fundamentalmente a exigencias de seguridad jurídica, tanto más cuando se trata del principio de legalidad sancionadora (art. 25 CE), y tales exigencias pueden ceder ante la necesaria operatividad de la Administración, que habrá de ser siempre reflejo de los intereses generales a que la Administración ha de servir por imperativo constitucional, debiendo asimismo valorarse el hecho indudable de que en los supuestos de verdaderas relaciones de sujeción especial, quienes se encuentran ese status *especial* tienen una inmediatez y conexión *habituales con la Administración* en virtud de las cuales puede exigírseles que conozcan normas cuyo conocimiento no sería admisible exigir al común de los ciudadanos. Ello, sin embargo, habrá de ponderarse para cada concreta relación de sujeción especial y, más en particular, para cada una de estas relaciones, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes que puedan jugar a favor y en

---

1842 Véase, sobre ello, Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 340 ss.

contra de admitir una cierta relativización de la reserva de ley o, en su caso, del principio de legalidad sancionadora. Pero si puede admitirse una modulación del principio de reserva de ley y, en su caso, del principio de legalidad del art. 25 CE en el seno de las relaciones de sujeción especial (a determinar para cada aspecto de cada una de ellas) y, por ello mismo, que se debiliten las exigencias que de tales principios dimanen respecto de las que rigen para la relación de sujeción general, ello tampoco puede significar reducir a la nada, o poco menos, tales principios, sino sólo su relativización, variable en cada hipótesis y sin que, en ningún caso, sea admisible la reglamentación independiente de la ley, sino que en todo caso tendrá de haber una habilitación legislativa, jugando la modulación solamente respecto del nivel de predeterminación y precisión por la ley de los términos de la habilitación, no respecto de la existencia de la misma. Para ello puede ser importante, como López Benítez ha propuesto, atender a los "fines típicos" de las diversas relaciones de sujeción especial y al "círculo razonable" de extensión de éstas<sup>1843</sup>.

### **B') Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción**

Es sabido que la Constitución regula de manera expresa ciertos límites a determinados derechos fundamentales con respecto a personas que se encuentran en una relación de sujeción especial (arts. 28 y 29, por ejemplo), pero ello es la excepción y no la regla, por lo que ha de ser necesariamente el intérprete de la Constitución, y también el legislador como intérprete primero y el TC como intérprete supremo y último, el que,

---

1843 Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 342 ss., 358-359, 396-397 y 422-423; y pp. 355 ss. para la precisión de los fines típicos de cada relación de sujeción especial. No obstante, es importante destacar que no compartimos la aplicación que de esta doctrina realiza el autor, para quien no sería necesaria habilitación legal en los supuestos en que las medidas impuestas se adecuan al fin de la relación y limitan su eficacia al estricto ámbito de ésta (prohibición a militares de uniforme de frecuentar lugares de mal tono o consideración social, por ejemplo) y sí lo es, en cambio, cuando las medidas "friccionan con el fin típico de la relación" o, aun mostrando una cierta concordancia con él, desbordan el marco de la relación bien porque impongan conductas observables más allá del perímetro de la escuela, de la oficina pública o del cuartel, bien porque desborden el círculo razonable del ejercicio de funciones públicas que justificarían tal medida (por ejemplo, prohibición antes expuesta si afectase a militares sin más precisiones, de uniforme o no). No compartimos este criterio. El fin típico de la relación y su "círculo razonable" nos parecen criterios a tener en cuenta para determinar la posible modulación del principio de reserva de ley y las exigencias que de él dimanen, pero no para legitimar reglamentos independientes y éste es el sentido en que debe entenderse lo que decimos en el texto. En este sentido, véase la STC 129/1995, de 11 de septiembre, FJ 3º, donde se dice que el poder o supremacía especial de la Administración en este tipo de relaciones se halla limitado por normas legales de estricta observancia, así como "por la finalidad propia de dicha relación" (en el mismo sentido, STC 60/1997, de 18 de marzo, FJ 1º).

en una interpretación de conjunto del texto constitucional, precise las limitaciones específicas que puede experimentar el ciudadano inserto en una relación de sujeción especial. En este sentido, ha sido quizás López Benítez quien más en detalle ha abordado esta cuestión y, siguiendo en lo esencial su exposición<sup>1844</sup>, podría decirse que *grosso modo*<sup>1845</sup> los derechos específicamente limitables por razón de la sujeción especial y la finalidad de cada relación de sujeción especial en atención a la cual deberá examinarse la legalidad de toda restricción serían los que siguen a sus derechos fundamentales de las personas insertas en una relación de sujeción especial sería el siguiente<sup>1846</sup>:

a) Presos: Los derechos que más especialmente pueden verse limitados *de una forma específica* por razón de la relación de sujeción especial son los derechos a la integridad física<sup>1847</sup>, derecho a la intimidad, libertades de expresión e información, derechos de reunión,

---

1844 Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...* cit., pp. 413 ss. No obstante, no siempre coincidimos con la exposición de López Benítez, ni en su exposición global (que parte de una concepción estrecha de los derechos fundamentales en cierta medida: pp. 449 o 496, por ejemplo; así como de un rechazo de la ponderación de bienes: p. 422) ni en cada cuestión particular, pero en este trabajo no se trata de entrar en el análisis en particular de cada relación de sujeción especial, sino de dibujar el marco constitucional general de este tipo de relaciones jurídico-administrativas desde la perspectiva de la limitación de los derechos fundamentales, por lo que no puede entrarse aquí en cuestiones de detalle.

1845 De lo que se dice en el texto es fácil deducir el carácter puramente esquemático de nuestra exposición sobre este punto, como no podía ser de otro modo dada la naturaleza de este trabajo: de un lado, nos limitamos a señalar sólo qué derechos pueden encontrarse específicamente limitados en cada relación de sujeción especial "de forma destacable" o importante; y de otro lado, se trata de un comentario sobre el régimen general en cada tipo de relación de sujeción especial, sin entrar en muchas diferenciaciones posibles y hasta necesarias, pues por ejemplo los límites a la libertad expresión de los docentes no son los de los funcionarios en general ni los de los profesores de los niveles más básicos del sistema educativo son equiparables a los de los profesores universitarios. Y por otra parte, en fin, no nos referimos agotadoramente a todas las relaciones de sujeción especial en sentido propio, sino solamente a las más significativas.

1846 López Benítez también ha destacado cómo en ciertas relaciones de sujeción especial, sin perjuicio de las limitaciones específicas a sus derechos fundamentales que puedan derivarse del fin típico de la relación, puede ser necesaria una acción especialmente conformadora del legislador, como ocurriría con ciertos colectivos como el de los presos, reclusos en establecimientos cerrados y con un mínimo contacto con el mundo exterior, siendo por ello necesario que el legislador cree las condiciones necesarias para que la vigencia de los derechos fundamentales en las prisiones no se convierta en mera retórica hueca, sino que se patentice en niveles óptimos de efectividad. Y concluye: "La anotación la creemos importante, porque marca un papel particularmente activo en la validez de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones de especial sujeción". Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 405-406. La STC 48/1996, de 25 de marzo, señala que "la relación de sujeción especial entre el recluso y la Administración [...] impone que se proteja y facilite el ejercicio de los demás [derechos] que no resulten necesariamente limitados" (FJ 2º).

1847 STC 120/1990, de 27 de junio; 35/1996, de 11 de marzo y también, no obstante, 48/1996, de 25 de marzo.



manifestación y asociación, el secreto de las comunicaciones, libre sindicación y huelga, petición colectiva, derecho a defender a España, propiedad privada, libertad de elección de profesión, negociación colectiva laboral, adopción de medidas de conflicto colectivo, libertad de empresa. aparte de los supuestos de graves alteraciones del orden en que podrá adoptarse una suspensión de derechos (Disposición Final primera LOGP). La finalidad de esta relación de especial sujeción es la reinserción social del preso y la retribucionista.

b) Funcionarios civiles: los derechos que fundamentalmente pueden verse limitados de una manera específica en esta relación de sujeción especial son la libertad de expresión, la libertad de elección de residencia, los derechos de reunión, manifestación y asociación, la libertad de sindicación y el derecho de huelga, la libertad de elección de profesión, y el derecho de negociación colectiva. La finalidad de esta relación de sujeción especial es el funcionamiento eficaz del servicio y los principios vertebradores *ex Constitutione* de la Administración pública (servir con objetividad los intereses generales, eficacia, jerarquía, desconcentración, y coordinación con pleno sometimiento a la ley y al Derecho).

c) Militares profesionales: Los derechos que pueden verse específicamente limitados, más allá del régimen propio de los funcionarios civiles, son, por expresa previsión constitucional, los derechos a la vida, sindicación, petición y sufragio pasivo, aparte de que en el ámbito militar se permiten las sanciones privativas de libertad (art. 25.3 CE) y se permiten los tribunales de honor (art. 26 CE); y además, tendrán, o podrán tener al menos, limitaciones específicas de importancia, los derechos de reunión, manifestación, asociación, intimidad. El régimen de la Guardia Civil, por su parte, se aproxima más al de los militares profesionales que al de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por criticable que ello resulte<sup>1848</sup>. La finalidad de esta relación

---

1848 En efecto, la Constitución prevé restricciones específicas al derecho de huelga y sindicación en los arts. 28 y 29 respecto de los militares y "cuerpos sometidos a disciplina militar", alusión clara a la Guardia Civil, pero de esta equiparación resulta excesivo deducir, a nuestro modo de ver, una "naturaleza militar" de estos cuerpos, pues más bien lo que se deduce es que la Guardia Civil, como *tertium genus* respecto de las FAS (art. 8 CE) y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104 CE), es un Cuerpo policial de seguridad sometido a "disciplina militar", lo cual, a su vez, podrá repercutir en otros aspectos ligados necesariamente a ese régimen de disciplina militar (que no debería ser, como de hecho ocurre y el TC ha legitimado, un régimen calcado del régimen disciplinario que rige para los militares), pero sin llegar al extremo de aproximar a la Guardia Civil más a las FAS que a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, resultado inadmisibles en términos constitucionales, pues una cosa es que la Guardia Civil sea, o pueda ser, un *quid aliud* respecto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en cuanto a su disciplina y aspectos a ello conexos, y otra bien distinta que se equipare, más allá de esos aspectos, a las FAS. Compartimos, por todo ello, en sus líneas esenciales el atinado voto particular que formularon los magistrados don Carlos de la Vega y don Eugenio Díaz a la STC 194/1989 ; "entendemos que los arts. 28 y 29 de la Constitución autorizan al legislador a someter a disciplina militar el Benemérito Instituto de la Guardia Civil, pero negamos que, a través de una interpretación

de sujeción especial sería que las Fuerzas Armadas puedan desempeñar razonablemente las funciones que el art. 8 CE les atribuye: garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y proteger el ordenamiento constitucional y los principios de jerarquía y disciplina, aparte de los demás generales de la Administración pública.

d) Funcionarios policiales: Los derechos fundamentales que pueden verse limitados de una manera específica e importante por razón de la supremacía especialmente intensa que la Administración tiene sobre ellos son los derechos de reunión y manifestación, la libertad de expresión, la libertad de sindicación y el derecho de huelga. La finalidad en este caso viene dada por la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades por parte de los ciudadanos, así como la garantía de la seguridad de estos últimos, aparte de las finalidades genéricas de la Administración, con cierta acentuación de la disciplina y la jerarquía.

Ha de subrayarse, en cualquier caso, que la categoría en cuestión no es una suerte de varita mágica que permita fijar límites específicos a los derechos fundamentales por el sólo hecho de que una determinada persona esté inserta en alguno de los supuestos de relación de sujeción especial mencionados o alguno más constitucionalmente admisible (estudiantes, soldados o personas que realizan la prestación social sustitutoria, etc), sino que ello es algo que habrá que determinar y argumentar en cada caso, estableciendo, por lo demás, diferencias entre los distintos aspectos particulares de la relación de sujeción especial y los derechos afectados. La comprobación de que estamos ante una relación de sujeción especial habrá de llevar a fijar lo más precisamente posible, en primer lugar, el fin típico que caracteriza y da razón de ser a tal relación y, en segundo lugar, los derechos fundamentales que pueden verse modulados por la peculiaridad de esta relación, justificando así una aplicación mitigada (pero sólo mitigada) del principio de proporcionalidad o, en algún caso, de la reserva de ley<sup>1849</sup>, si bien en otras ocasiones el

---

expansiva incompatible con el modelo constitucional, pueda llegarse a la conclusión de que tal sometimiento convierta a la Guardia Civil en un Cuerpo estrictamente castrense y a sus miembros en militares profesionales, pues ello equivale a restaurar un Cuerpo de Policía militarizada en todos sus órdenes, que la Constitución ha querido superar de acuerdo con los valores y principios democráticos" y por ello, es "constitucionalmente inaceptable" la conversión de la Guardia Civil en un Cuerpo "estrictamente castrense" dado "su cometido esencial de cumplir funciones de policía en el orden civil" y si ello se ha hecho por el legislador "no ha sido sino a costa de chocar con nuestra Constitución". Y en particular, "el régimen disciplinario militar al que viene sometida la Guardia Civil no priva a este Cuerpo de seguir perteneciendo al ámbito no castrense de la Administración de Policía, ni supone una extensión del alcance de la jurisdicción militar más allá de los límites que le impone" el artículo 117.5 CE.

1849 En este sentido, y sobre este concreto aspecto, nos parece modélica la reciente STC 6/2000: "Ciertamente es que la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE) y que este principio, en el ámbito de una relación funcional, se traduce en el deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores (art. 79 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado). Al igual que cabe admitir que el respeto hacia el superior jerárquico constituye el bien jurídico protegido

efecto de la existencia de una relación de sujeción especial puede ser el de reforzar o hacer más estricta la aplicación de la proporcionalidad o la reserva de ley en un sentido garantista<sup>1850</sup>.

---

por la infracción imputada al recurrente, prevista en el art. 7.1.e) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. Ahora bien, aun admitidas estas premisas, no es menos cierto que desde la perspectiva del ejercicio de los derechos fundamentales no cabe atribuirles en modo alguno el alcance que se pretende, ya que de la genérica imposición del deber de respeto al superior jerárquico no cabe derivar un límite especial y más intenso respecto a la libertad de expresión que legítimamente puede ejercitar un funcionario público [ ] Como ya se ha dicho con cita de la STC 81/1983, ni todos los *funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los Cuerpos poseen el mismo grado de jerarquización o de disciplina interna*. Y en el presente caso es indudable, de una parte, que se trata de un funcionario del Ministerio del Interior que sólo lleva a cabo funciones examinadoras en una Jefatura Provincial de Tráfico y, además, que en el Cuerpo al que pertenece no existe una especial jerarquización o disciplina interna [ ] De suerte que en este concreto ámbito de la Administración Civil del Estado el criterio relevante ha de ser el de que, pese a la existencia de una relación especial de sujeción y el deber de respeto hacia el superior por parte del funcionario, éste se encuentra respecto al ejercicio de la libertad de expresión en una situación mucho más próxima a la del simple ciudadano, según se declaró en la decisión últimamente mencionada y se ha reiterado en la STC 69/1989, de 20 de abril. Sin que de otra parte pueda apreciarse, en atención a la doctrina allí expuesta, que en el presente caso el ejercicio de la libertad de expresión por parte del recurrente haya puesto 'públicamente en entredicho' la autoridad de su superior jerárquico": STC 6/2000, de 17 de enero, FJ 6º.

1850 En esta línea, es preciso hacerse eco de la doctrina recientemente sostenida por el TC con relación a las exigencias dimanantes del art. 24.1 CE respecto de las personas integradas en una relación de sujeción especial, concretamente la penitenciaria, en el sentido de que la relación de sujeción especial más que permitir modulaciones en tal derecho, más bien conlleva un *plus* en sus exigencias, pues si tal derecho no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde a los órganos judiciales en exclusiva "sin otra excepción que la de aquellos supuestos en que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, que no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simplemente apariencia de la misma", a partir de la STC 2/1997 "hemos reconocido", dice el TC en la STC 81/1997, "que el estándar de control puede ser superior al general en casos como el presente (permisos de salida), en los que si bien no puede llegar a apreciarse lesión del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), tampoco puede decirse que no atañan de alguna manera a la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico", pues si la pena privativa de libertad supone una radical exclusión del valor superior de la libertad, los permisos de salida significan para sus beneficiarios por su propio contenido "el disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carecen", por lo que esta "relación" con el art. 17.1 CE justifica que a las resoluciones judiciales que confirman la denegación de un permiso de salida no se las mida "conforme al estándar general" (esto es, que de las mismas puedan deducirse los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión), "sino que será preciso que estén fundadas en criterios que resulten conformes con los principios legales y constitucionales a que está orientada la institución". Véase la STC 81/1997, de 22 de abril, FJ 4º; véanse también las SSTC 48/1996, de 25 de marzo, y 83/1997, de 22 de abril. No obstante, el criterio de las SSTC 2/1997, 81/1997 y 83/1997, dictadas por la Sala Primera, no parece ser seguido por la Sala Segunda, por ejemplo, en la STC 128/1997, de 14 de julio. Esta doctrina viene a poner de relieve que la

## VII.- ESTADO AUTONÓMICO Y LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1.- Estado autonómico y condiciones básicas de igualdad e iguales derechos de todos los ciudadanos en todo el Estado con relación a los derechos fundamentales

La vigencia de los derechos fundamentales en cualquier tipo de Estado, pero en particular en uno tan descentralizado como lo es el español actual, plantea la problemática de si son admisibles, y en caso afirmativo hasta qué punto, diferencias de trato entre españoles según residan en una u otra Comunidad Autónoma<sup>1851</sup>. Para ello, es preciso partir de lo que dicen los artículos 139.1 ("todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado") y 149.1.1ª (competencia exclusiva del Estado para regular "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales") CE, entre otros<sup>1852</sup>. Citamos conjuntamente estos dos artículos de la Constitución porque, aunque no faltan propuestas doctrinales de entender el primero de ellos bien como una regla orientada a equiparar a todos los

---

categoría de las relaciones de sujeción especial puede operar también como una técnica para llevar a cabo un control más intensivo o exigente que el ordinario, y responde, así, esta jurisprudencia a una nueva concepción de las relaciones de sujeción especial que el TC habrá de ir desarrollando en lo sucesivo y que se acomoda mejor a la concepción de las relaciones de sujeción especial propia de un Estado material de Derecho, como una meritoria doctrina administrativista de principios de los años noventa destacó oportunamente a partir de una crítica muy severa de la jurisprudencia constitucional de los años ochenta. Y tal es la línea que habrá también que proseguir desarrollando en el siglo que ahora comienza.

1851 Y decimos que la diferencia se base en la "residencia" en una determinada Comunidad Autónoma porque, según los diferentes Estatutos de Autonomía, la "condición política" (de gallegos, andaluces, etc) viene referida a la "vecindad administrativa" (a diferenciar de la vecindad de Derecho Privado) en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de que se trate y tal vecindad está vinculada a la residencia en un municipio.

1852 Téngase en cuenta también la remisión para el "desarrollo" de los derechos fundamentales y libertades públicas a las leyes orgánicas, que siempre serán estatales (art. 81 CE); el entero repertorio de competencias exclusivas del Estado como garantía por sí misma de un status básico común de todos los españoles (Derecho penal, procesal, civil, mercantil, laboral, bases del régimen económico de la seguridad social, la sanidad, la enseñanza o la protección del medio ambiente, por ejemplo); o el sistema tributario constitucionalmente exigible, que deja más bien poco margen a políticas autonómicas. Todo ello hace, a juicio de Pemán (que ha estudiado desde una perspectiva comparada esta cuestión), que en realidad "el grado de desigualdad en la posición jurídica de los ciudadanos que nuestro sistema admite" sea "ciertamente mucho más reducido que el propio de los federalismos 'clásicos' como Estados Unidos o Suiza y habría que situarlo más bien en un terreno próximo al que caracteriza a un Estado federal 'unitario' como Alemania. Juan Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas/Universidad de Zaragoza, Madrid, 1992, p. 193. Sobre la caracterización de Alemania como Estado Federal Unitario, expresión que se toma de Hesse, véanse pp. 79 ss. y bibliografía allí citada.

españoles frente a las Comunidades Autónomas y en particular a excluir las diferencias de trato que éstas pudieran realizar entre los residentes en su territorio y los no residentes,<sup>1853</sup> bien como un "criterio sospechoso" de diferenciación, lo cierto es que en la jurisprudencia del TC, como también en la del TS, como Pemán Gavín ha puesto de relieve, no se ha deducido del artículo 139.1 CE ningún efecto normativo (autónomo)<sup>1854</sup>. El TC suele citar conjuntamente a los artículos 139.1 y 149.1.1ª CE, pero de hecho utiliza los criterios suministrados por el segundo de ellos para resolver los concretos problemas planteados o, a lo sumo, como refuerzo. De ahí justamente que realicemos un tratamiento conjunto de los mismos, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

En esta línea, es de destacar, por lo pronto, una importante y temprana sentencia que sienta una doctrina que luego habría de ser matizada o cuando menos precisada: "[...] en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un 'status' jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la CE, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna"<sup>1855</sup>.

Esta doctrina resultaría matizada en una sentencia inmediatamente posterior a la citada: "Es obvio, sin embargo, que tal principio [de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional] no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad de las condiciones

---

1853 En este sentido, se subraya la proximidad del artículo 139.1 CE y el 33.1 LF: "todo alemán tiene en cualquier Land iguales derechos y deberes ciudadanos". Sobre ello, véase, José Luis Carro Fernández-Valmayor, "Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1ª de la Constitución", REDC, 1981, núm. 1, p. 145. También los antecedentes históricos irían en esa línea, en cuanto que el artículo 17 de la Constitución de 1931 establecía que "en las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencia de trato entre los naturales del país y los demás españoles".

1854 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., pp. 140-141 y 143.

1855 STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5º.

básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1 de la CE), cuyas normas, además, son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto, y tienen siempre valor supletorio (149.3)"<sup>1856</sup>.

En realidad, el TC viene a realizar, desde nuestro punto de vista, una interpretación sistemática a partir de la unidad de la Constitución y ello es lo que le lleva, razonablemente, a compatibilizar el principio de igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos fundamentales, con otro principio igualmente constitucional, y de no menor importancia, como es el principio de autonomía, en el sentido de lograr una "concordancia práctica" entre ambos, de manera que ni se corra el riesgo de vaciar de su contenido al principio de autonomía, ni tampoco se produzcan desigualdades injustificadas o desproporcionadas en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales entre las diversas Comunidades. En este sentido, es de destacar que según el TC: "El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y el Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1ª de la CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales"<sup>1857</sup>.

---

1856 "En cuanto que la Ley impugnada y, en concreto, los artículos que ahora sometemos a examen no afectan, como veíamos, a ninguna posición jurídica fundamental de los ciudadanos y no establecen discriminación alguna entre los vecinos de los distintos lugares del territorio nacional, no se percibe violación del principio que prohíbe esta discriminación". STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2º.

1857 STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10º. En otra ocasión, señala el TC que la "unidad" del art. 149.1.1ª no excluye toda diversidad, diversidad que puede ser "en sí misma, y como tantas otras, fruto necesario y legítimo de la autonomía que la

Se plantea, asimismo, la cuestión de la relación del artículo 149.1.1ª con el derecho a la igualdad del artículo 14 CE. Aquí mantiene el TC una posición ambigua, que ha sido estudiada por Pemán. Según este autor, se encuentran, por un lado, sentencias en las que el TC no analiza las divergencias entre la regulación legal de una comunidad y la del Estado u otras Comunidades desde el punto de vista de la igualdad. Éste es, para dicho autor, el enfoque adecuado, inspirado en la jurisprudencia constitucional alemana sobre el precepto homólogo a nuestro artículo 149.1.1ª CE, y según el cual el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, dice Pemán, "debe aplicarse separadamente a cada uno de los legisladores y no autoriza a comparar la posición jurídica que deriva para los ciudadanos del ejercicio por parte de las distintas Comunidades Autónomas de los poderes normativos en materias de su competencia. La diversidad de trato entre españoles derivada de la estructura plural de nuestro ordenamiento será constitucionalmente admisible siempre que derive del ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que les han sido reconocidas en la Constitución y los Estatutos. Tales diferencias de trato no deben ser enjuiciadas por tanto desde la óptica del artículo 14 de la Constitución, sino más bien desde la perspectiva de los preceptos que la Constitución dedica a perfilar la estructura autonómica del Estado y en particular sobre la base del artículo 149.1.1ª, que proyecta la igualdad de los españoles —en unos términos que nos son conocidos— sobre la articulación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas". Y por ello, a juicio de Pemán, no puede utilizarse el artículo 14 CE para comparar el trato que reciben los ciudadanos por los distintos legisladores autonómicos —en el ejercicio de las competencias normativas atribuidas a los mismos—, ni tampoco para comparar el trato dado por la legislación autonómica respecto de la del Estado"<sup>1858</sup>. Pues bien, según el citado autor, en otras sentencias el TC hace justamente esto último, si bien sin citar expresamente el artículo 14, pero utilizando los esquemas y modos de razonar propios del artículo 14 CE (razonabilidad, proporcionalidad), bien que en una "aplicación encubierta"<sup>1859</sup>, lo que juzga desacertado. En cambio, considera nuestro autor que sí que puede aplicarse sin problemas el artículo 14 CE en el caso de que el legislador estatal, al regular una materia de su competencia, establece o permite establecer una diferenciación en las reglas aplicables en distintos espacios

---

Constitución garantiza". Lo que "cabe exigir a los órganos de las Comunidades Autónomas, y lo que debe ser preservado por el Estado, es estrictamente que el despliegue de las competencias de aquéllas no cree rupturas ('divergencias irrazonables y desproporcionadas', dijo nuestra STC 48/1988, en su fundamento jurídico 25) en las "condiciones básicas" de igualdad de todos los españoles para el ejercicio y cumplimiento de sus derechos y deberes constitucionales [...] Uniformidad, en otras palabras, no es identidad y tanto menos ha de serlo cuando la primera se afirma, en este art. 149.1.1ª de la CE, como elemento de integración, no de supresión, de la diversidad que nace de la autonomía": STC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8º.

1858 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., pp. 195-196.

1859 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., pp. 200 ss.

Por nuestra parte, no nos parece ni que existan dos líneas jurisprudenciales sobre este aspecto ni que el camino correcto sea el sostenido por Pemán sobre la base de la jurisprudencia constitucional alemana. Su interpretación descansa en la idea de que, con la regulación constitucional de la distribución de competencias (artículos 148 y 149 CE fundamentalmente), el constituyente habría decidido ya por sí mismo sobre el equilibrio entre el principio de autonomía y el *status* de igualdad de los ciudadanos, sin que sea legítimo que el TC pondere y enjuicie sobre una materia ya decidida por el constituyente, lo que se haría al acudir a criterios como el de razonabilidad o proporcionalidad. Este punto de partida no es, a nuestro modo de ver, correcto. Veamos por qué.

Lo que en realidad ocurre es que el constituyente no sólo ha establecido un marco para el reparto competencial, sino que ha considerado oportuno que dicho marco esté presidido, entre otros principios, por una competencia estatal para "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Pues bien, esa igualdad es, no puede ser otra que la también garantiza la Constitución como derecho fundamental en su artículo 14, siendo por ello enteramente natural, por ello, que el análisis desde la perspectiva constitucional de si se cumplen (o no) esas "condiciones básicas" de igualdad haya de realizarse con el arsenal enjuiciador del artículo 14 CE, pues otro enfoque, como el que Pemán sugiere, descansa en realidad en una comprensión esquizofrénica, por así decirlo, de la igualdad en nuestra Constitución. Y no vale decir que con el reparto competencial la CE ha realizado ya la ponderación, por lo que el operador, y concretamente el TC, no puede "recomponer este sistema sobre la base de pautas tan ambiguas como la 'razonabilidad', del mismo modo que no puede enjuiciar las diferencias de trato establecidas directamente por la Constitución (por ejemplo, restricción de derechos fundamentales en relación con determinadas categorías de personas)", conduciendo una postura contraria a producir "efectos distorsionantes sobre el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas"<sup>1861</sup>.

La igualdad es un principio constitucional y un derecho fundamental de los ciudadanos, componente esencial del ordenamiento, y no hay, ni debe haber, ámbitos a él inmunes ni siquiera dentro de la Constitución, tanto menos obviamente cuando existe una cláusula explícita por la que se autoriza, *rectius*: se confía, al Estado la tarea de velar por la igualdad "básica" de los ciudadanos en la España autonómica que la Constitución configura, pero que configura no de un modo cerrado, sino abierto, aunque con un límite que, en todo caso, hay que respetar. El principio de autonomía puede conllevar, es más, ha de conllevar necesariamente, por su propia *ratio essendi*, diferencias, a veces incluso

---

1860 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., p. 204.

1861 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., p. 204, n. 23 y 203.



profundas, entre españoles de unas Comunidades y otras, pero hay un límite último que en cualquier caso ha de ser respetado y que es la "igualdad básica" cuya garantía el artículo 149.1 enuncia como primera competencia del Estado, lo que se explica justamente por la especial posición que la igualdad ocupa en nuestro sistema, aunque sin desnaturalizar tampoco el principio de autonomía. Y dado que la Constitución no precisa, no podía hacerlo, cuál es concretamente esa igualdad básica, habrá de ser el intérprete el que precise cuál es su contenido por medio de un enjuiciamiento de la igualdad desde parámetros de razonabilidad y proporcionalidad<sup>1862</sup>, teniendo también muy presente el principio de autonomía y el concreto marco competencial del caso concreto.

No creemos tampoco que se dé una aplicación "encubierta" del artículo 14 CE que utilice como norma de cobertura el artículo 149.1.1ª CE. Ocurre, mucho más sencillamente, que este último precepto es *lex specialis* respecto del primero, concreción especial del mismo en el ámbito autonómico o de reparto competencial. Ello permite su aplicación autónoma, y así se explica la falta de toda invocación al artículo 14 CE en la jurisprudencia constitucional, algo que, sin embargo, induce a cierta confusión, pues aunque el artículo 149.1.1ª sea ley especial respecto del principio general de igualdad, como lo es también *mutatis mutandis* el artículo 23.2 por ejemplo, no cabe duda de que es también concreción de aquél, por más que sea una concreción muy singularizada y con la función primordialmente objetiva de lograr un reparto competencial que no afecte a la igualdad básica de los ciudadanos. Todo ello explica que en el análisis del artículo 149.1.1ª utilice el TC, como Pemán le reprocha, "criterios y esquemas propios del artículo 14 CE", y exige, por ejemplo, que las normas sancionadoras autonómicas "no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (artículo 149.1.1ª)"<sup>1863</sup>.

Y es que la igualdad garantizada por el artículo 149.1.1ª no puede ser otra que la del artículo 14 CE, si bien concretada en el ámbito del reparto competencial como garantía de "condiciones básicas" de igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales por todos los ciudadanos. El parámetro ha de ser el del artículo 149.1.1ª, pero los criterios a utilizar para determinar si ese parámetro se respeta no pueden ser otros que los del artículo 14 CE adaptados a ese especial contexto normativo, fundamentalmente de distribución competencial. No hay aquí ponderaciones realizadas por el constituyente *ex ante* como una suerte de ámbitos exentos de justificación de su razonabilidad y proporcionalidad, de suerte que no resulte contraria a la igualdad, ya de entrada, toda medida que derive del ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que les han sido

---

1862 Así lo hace también el TC, por cierto, en el ejemplo aducido de las restricciones de derechos fundamentales con relación a determinadas "categorías" de personas, esto es, a las relaciones de especial sujeción.

1863 STC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8º.

reconocidas en la Constitución y los Estatutos. También esas medidas, como cualesquiera otras, están sujetas a un examen de su razonabilidad y proporcionalidad, si bien referidas éstas al respeto de las "condiciones básicas" y en un contexto normativo, como es el de la configuración territorial del Estado, presidido por la idea y principio constitucional de autonomía.

Para terminar, nos parece oportuno señalar algunos casos, extraídos de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, de interés para comprender cómo las Comunidades Autónomas inciden con toda naturalidad, dentro de ciertos límites, en el ámbito de los derechos fundamentales.

## 2.- Reserva de ley y Estado autonómico

Con relación a la reserva de ley (orgánica, en su caso) se plantea la cuestión de determinar si es posible que las Comunidades regulen, y en caso afirmativo en qué medida, los derechos y libertades constitucionales: en concreto, si pueden establecer límites a los mismos<sup>1864</sup>. Al respecto, el artículo 149.1.1ª, al establecer como primera competencia estatal regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes constitucionales, constituye un límite, pero no puede excluirse esa posibilidad de regulación autonómica, sino que puede afirmarse que esa participación de los legisladores autonómicos es constitucionalmente factible, y de hecho se ha materializado. De lo que se trata es de saber, en general, en qué medida es así y en qué términos. Pemán Gavín, que ha estudiado minuciosamente la cuestión, distingue al respecto entre los derechos fundamentales de la Sección 1ª y los de la 2ª (Capítulo II del Título I)<sup>1865</sup>:

---

1864 Es frecuente que se considere en la doctrina que las leyes que pueden limitar los derechos fundamentales son sólo leyes formales y estatales, y orgánicas para los derechos de los arts. 15 a 29. En este sentido, por ejemplo, Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso...*, cit., pp. 598-599, con referencia a la STC 25/1981, de 14 de julio. Pero se verá a continuación que la cuestión es mucho más compleja.

1865 También se refiere a los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I CE, respecto de los cuales las CCAA pueden legislar siempre que dispongan de título competencial para ello y respeten los límites derivados de las competencias exclusivas del Estado que incidan en cada materia. Las leyes del artículo 53.3 CE o las que contemplan en particular algunos de los artículos de este Capítulo (arts. 43.2, 45.2, 51.3 o 52) pueden, por ello, y en principio, ser leyes autonómicas. Sucede, además, que las CCAA cuentan efectivamente con atribución competencial "en relación con buena parte de las materias que se contemplan en dicho Capítulo III (Sanidad, Asistencia social, Cultura y Patrimonio histórico, Medio Ambiente, Urbanismo y vivienda, protección del consumidor, etc.), lo que ha hecho posible una abundante producción normativa por parte de las CCAA en tales materias. El *status* de los ciudadanos en relación con estas materias —en las que están involucrados derechos constitucionales— no resulta así uniforme en todo el territorio nacional, sino que está condicionado —en mayor o menor medida— por las opciones que en cada caso asuman las CCAA". Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., p.

a) Empezando por los de la Sección 2ª, no puede excluirse la posibilidad de las CCAA de incidir sobre tales derechos siempre que dispongan también de competencias normativas para ello —lo cual obviamente debe examinarse en relación con cada concreto derecho sobre la base de los títulos competenciales estatales y autonómicos que confluyen— y respeten, por supuesto, el "contenido esencial" de los derechos, a que se refiere el artículo 53.1 CE. Esta posibilidad de incidencia del legislador autonómico en el régimen de los derechos de la Sección 2ª ha sido reconocida por el TC ya tempranamente: "[...] una interpretación del art. 53.1 de la CE que identifica el concepto genérico de Ley con el más restringido de Ley general o Ley emanada de los órganos generales del Estado. Tal interpretación se conjuga difícilmente con otros preceptos constitucionales, de una parte, y vendría a restringir muy acentuadamente, de la otra, el ámbito competencial que conceden a las Comunidades Autónomas sus respectivos Estatutos. Si toda Ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.1 de la CE hubiera de ser Ley del Estado (utilizando ahora este concepto en su sentido más restringido, como conjunto de las instituciones generales), carecería de todo sentido, en efecto, que el art. 149.1, primera, reservase a la competencia exclusiva del Estado (en este mismo sentido restringido) 'la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales'. De otro lado, y como antes se apunta, una interpretación de este género vendría casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, pues son muchas las materias cuya regulación legal ha de incidir directa o indirectamente sobre el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de deberes garantizados por la Constitución [ ] La interpretación del art. 53 de la CE en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales *cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos le atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados"<sup>1866</sup>.

---

211.

1866 STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2º. Javier Ruipérez Alamillo ("La problemática de los derechos fundamentales en el Estado unitario-federal: el caso español", en el colectivo *El principio de igualdad en la Constitución española*, XI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 584) se remite a esta sentencia como "solución" a la

Destaca, en concreto, Pemán Gavín la posibilidad de las CCAA de "incidir sobre los derechos de propiedad privada (art. 33) y libertad de empresa (art. 38), posibilidad que cuenta con el respaldo explícito de la jurisprudencia constitucional, siempre que se respeten los títulos competenciales específicamente aplicables en cada caso y, en concreto, la competencia exclusiva del Estado sobre las 'condiciones básicas' que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de tales derechos"<sup>1867</sup>. En relación a la propiedad privada, en la sentencia sobre la Ley andaluza de Reforma Agraria, el TC, tras señalar que carecería de sentido una regulación abstracta —realizada con carácter general y uniforme— de la función social de la propiedad privada, consideró que "corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses [generales] —o, lo que es lo mismo la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad— establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad. Así hay que entenderlo en relación con la propiedad agrícola, cuya regulación no puede ser arbitrariamente separada, como ya queda dicho, de la correspondiente a la materia de reforma y desarrollo agrario, desde la óptica de los intereses generales, que, en el caso que nos ocupa, compete a la Comunidad Autónoma"<sup>1868</sup>.

b) La cuestión se torna ya más problemática respecto de los derechos fundamentales de la Sección 1ª desde el momento que el artículo 81 CE reserva, como hemos visto, el "desarrollo" de tales derechos a la ley orgánica, ley por definición estatal, producto normativo exclusivo de las Cortes Generales. En la doctrina se ha sostenido la relevancia competencial de la reserva de ley orgánica<sup>1869</sup>, tesis que el propio TC pareció acoger tácitamente en la temprana STC de 13 de febrero de 1981, sobre la LOECE. Y en la reciente sentencia sobre la Ley Vasca de Asociaciones, cinco de los magistrados del TC formularon un voto particular, frente a los seis magistrados de la mayoría, que descansaba también en un entendimiento en clave competencial de la Ley Orgánica<sup>1870</sup>.

"pregunta de si las Comunidades Autónomas pueden o no dictar Leyes que afecten al ejercicio de los Derechos Fundamentales", pero, como veremos, la cuestión es mucho más ardua.

1867 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., p. 212.

1868 STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 9º.

1869 José Luis Carro Fernández-Valmayor, "Contenido y alcance ...", cit., p. 150 ("ley orgánica significa competencia estatal").

1870 Voto particular de los Magistrados señores Jiménez de Parga, Gabaldón López, García-Mon, Gimeno Sendra y Mendizábal a la STC 173/1998, de 23 de julio: "en la sentencia se sostiene que el artículo 81.1 CE no es una norma atributiva de competencias. La idea es, más bien, la contraria", pues la Ley Orgánica "no es una forma de producción normativa que puedan dictar indistintamente las Comunidades Autónomas y el Estado, pues sólo éste está habilitado al respecto. Aquí la distribución competencial del título VIII no es determinante. Antes al contrario, en el título VIII sólo puede distribuirse lo que previamente no ha quedado reservado al Estado". Por ello, consideran los magistrados discrepantes que "el artículo 81.1 CE es, de manera previa a la establecida luego en el artículo 149.1 y 3 CE, y de modo indirecto, una norma atributiva de competencias en favor del Estado, pues reserva ciertas materias a

Pero este entendimiento en clave competencial de la ley orgánica, inicialmente sostenido por nuestro TC, y que de nuevo parece tener un apoyo creciente en su seno, planteaba el grave inconveniente de que en el artículo 149.1 CE había reglas competenciales en favor del Estado, como competencias exclusivas de éste, para aprobar las "normas básicas" sobre algunos de los derechos fundamentales de la Sección 1ª (en concreto, sobre enseñanza, art. 149.1.30ª y medios de comunicación, art. 149.1.27ª) y aunque en la STC citada de 13 de febrero de 1981 se identificaba el "desarrollo" del artículo 81.1 CE con las "normas básicas" previstas en el artículo 149.1.30ª, lo cierto es que ello resulta hoy ya insostenible, como Pemán destaca, a la vista de la interpretación que la propia jurisprudencia constitucional ha llevado a cabo de aquellos conceptos<sup>1871</sup>. Resumiendo mucho, puede decirse que la concepción amplia que el TC sostiene en la interpretación de lo que por "normas básicas" ha de entenderse no permite identificar ese concepto con el de "desarrollo" del artículo 81.1 CE, que ha sido objeto de una interpretación sumamente restrictiva por parte del TC.

Ello ha llevado a nuestro TC a rectificar tácitamente su posición inicial<sup>1872</sup>, por lo demás sólo implícita, y parte el TC exclusivamente de las reglas del artículo 149.1 para articular las relaciones entre legislación estatal y autonómica, prescindiendo a estos efectos de la ley orgánica. Como subraya Pemán, "el TC identifica dentro de la legislación estatal sobre enseñanza preceptos incluidos en ley orgánica que no son 'normas básicas' en el sentido del artículo 149.1.30ª y admite que las CCAA con competencias sobre enseñanza puedan apartarse de los mismos, lo cual

una forma jurídica —la ley orgánica— que sólo las Cortes Generales pueden elaborar y aprobar".

1871 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., p. 215. Se refiere también a la interpretación que en la STC de 13 de febrero de 1981 realizaron, en su voto particular, los magistrados Arozamena y Rubio en el sentido de que las previsiones del artículo 149.1 —reglas 1ª y 30ª— tendrían un alcance más limitado que el definido por el artículo 81.1 con referencia a los derechos fundamentales del artículo 27 CE y vendrían a reducir el ámbito de la reserva de ley orgánica en relación con los mismos: el ámbito de la ley orgánica en materia educativa no estaría definido, por tanto, por el desarrollo de los derechos del artículo 27 CE sino por las reglas competenciales del artículo 149.1 CE, que tendría así relevancia no sólo en el ámbito estrictamente competencial, sino también en la definición de las materias propias de la ley orgánica, siendo significativo a este respecto que el artículo 149.1.30ª habla de normas básicas "para el desarrollo" del artículo 27 CE. Pero, como Pemán señala, esta interpretación alternativa parte del entendimiento del concepto de "normas básicas" como más estrecho que el de desarrollo del artículo 81 "y en conexión con ello, su incapacidad para explicar la existencia de 'normas básicas' en el sentido del artículo 149.1 relativas a derechos fundamentales que no tienen carácter de ley orgánica, sino de ley ordinaria o incluso de mero reglamento, posibilidad esta plenamente consolidada y admitida por el TC" (SSTC 87 y 88/1983, de 27 de octubre ambas y 77/1985, de 27 de junio) (pp. 216-217).

1872 Recientemente ha reconocido el TC que su jurisprudencia respecto de la fijación del ámbito de la reserva de ley en función o no de los títulos competenciales atribuidos al Estado por el art. 149.1 y 3 "no ha sido rectilínea". STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7º.

supone obviamente afirmar que la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales se proyecta exclusivamente sobre las relaciones ley orgánica-ley ordinaria (estatal) sin implicar a la vez una habilitación competencial a favor del Estado frente a las CCAA<sup>1873</sup>. Incluso con un carácter general para todas las leyes orgánicas afirma el TC, bien que de pasada, la existencia de un "criterio general de que, en el Estado de las autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente (STC 37/1981, fundamento jurídico 2º)"<sup>1874</sup>.

A la vista de esta jurisprudencia, concluye Pemán que "la competencia estatal para regular las materias de la Sección 1ª podrá ser exclusiva cuando así derive de los títulos competenciales que confluyan (la libertad personal reconocida en el artículo 17 CE, en relación con la cual incide la regla 6ª del 149.1), pero también podrá ser compartida en los términos fijados estrictamente por el art. 149.1 (libertad de enseñanza y derecho a la educación, libertad de expresión) o, incluso, el Estado podrá carecer de un soporte competencial específico (libertad religiosa, derecho de asociación, derechos de reunión y manifestación), en cuyo caso será solamente la regla del 149.1.1ª la que marque el límite infranqueable para las Comunidades Autónomas y no la noción de 'desarrollo' de los derechos fundamentales"<sup>1875</sup>.

---

1873 STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3º.

1874 STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3º.

1875 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., p. 220. Distingue Pemán tres grupos de derechos fundamentales de la Sección 1ª a estos efectos: a) derechos fundamentales cuya regulación normativa queda encomendada de forma privativa al Estado, en virtud de sus competencias exclusivas afirmadas en el art. 149.1 CE. Entre estos derechos habría que incluir sin lugar a dudas los de los artículos 15, 17 y 24 CE, derechos respecto de los cuales incide la competencia estatal sobre la legislación penal, procesal y penitenciaria (art. 149.1.6ª), o a los del artículo 28 CE de los trabajadores no funcionarios, cuya regulación se integra en el ámbito de la legislación laboral (art. 149.1.7ª), así como al derecho a la creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.c), cuya regulación corresponde al Estado en virtud de la regla 9ª del artículo 149.1 CE. "En estos supuestos, la cuestión de qué normas deben tener carácter de ley orgánica por suponer un desarrollo de los derechos fundamentales carece obviamente de toda relevancia desde el punto de vista de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA y se proyecta exclusivamente sobre la articulación entre dos fuentes estatales: la legislación orgánica y la legislación ordinaria; b) derechos fundamentales respecto de los cuales el Estado tiene competencia de normación básica, con lo que no se cierra la posibilidad de competencias autonómicas de regulación complementaria. Es el caso de los derechos del artículo 27 (art. 149.1.30ª) o de algunos de los del artículo 20 (letras a y d del párrafo 1, en relación con el art. 149.1.27ª). También cabe incluir al derecho del artículo 23.2 CE por lo que se refiere al acceso a la función pública autonómica, materia ésta que hay que considerar englobada en la regla del artículo 149.1.18ª (bases del régimen jurídico de todos los funcionarios públicos). La doctrina de la STC 137/1986 obliga en estos casos a abordar las cuestiones competenciales en base exclusivamente a las reglas del artículo 149.1 y prescindiendo por tanto de lo que en cada caso deba entenderse por desarrollo de los derechos fundamentales, aspecto éste último que se proyectará únicamente sobre el ámbito de las relaciones entre la

No obstante, a su juicio, no puede darse por definitivamente consolidado el criterio de la STC 137/1986 sobre la separación de las cuestiones de la reserva de ley orgánica y de la delimitación de competencias y en concreto, no resulta evidente que la reserva constitucional de una materia a la ley orgánica carezca de relevancia en el ámbito de la distribución de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y así, la afirmación de que "en el Estado de las autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente" (STC 37/1981, fundamento jurídico 2º), si bien resulta plenamente de recibo cuando la fuente de que se trata puede proceder de forma indistinta de cualquiera de los entes que concurren, no lo es cuando se trata de una fuente que es privativa de uno de ellos, como ocurre con la ley orgánica. En este sentido, la reserva de ley en materia tributaria (art. 33.3 CE) ha tenido incidencia (restrictiva, naturalmente) sobre los poderes de los Ayuntamientos para la regulación de los tributos, dada su carencia de potestad legislativa. Y un planteamiento similar, sostiene Pemán, debe sostenerse respecto de la ley orgánica en relación con las CCAA puesto que se trata de un tipo de fuente privativo del Estado e inaccesible a aquéllas, circunstancia ésta que no puede pensarse pasara desapercibida al constituyente.

Por ello cree Pemán que no estamos ante una cuestión "definitivamente cerrada: lo prudente hoy por hoy me parece afirmar que en el supuesto de confluencia de la reserva de ley orgánica con una previsión competencial específica del 149.1 el TC ha optado por prescindir de aquélla en las cuestiones de articulación entre la legislación estatal y la

---

ley orgánica estatal y la ley ordinaria estatal. En el caso del artículo 23.2 CE, se trata de un derecho no susceptible de "desarrollo" en el sentido del artículo 81 CE, con lo que se evita todo problema de confluencia entre la reserva de ley y el artículo 149 CE. Lo mismo ocurre en el caso de los derechos del artículo 20.1 CE, si es correcta la praxis legislativa actual, que se ha manifestado a través de leyes ordinarias y no orgánicas. C) Por último, derechos fundamentales en relación con los cuales el Estado carece de una atribución competencial específica en el artículo 149.1 CE. Es el caso de la libertad religiosa (art. 16), el derecho de reunión y manifestación (art. 21) o el derecho de asociación (art. 22). En relación con estos derechos, a falta de una aclaración en otro sentido por parte del TC, entiende Pemán que hay que mantener que la reserva de ley orgánica opera como título competencial estatal y que la eventual ley orgánica de desarrollo del derecho deberá ser respetada por las CCAA, incluso en los supuestos en que éstas dispongan de competencias sobre la materia en virtud de sus Estatutos, siempre que, claro está, la ley orgánica se mantenga dentro de su ámbito estricto, esto es, pueda considerarse "desarrollo" en el sentido del artículo 81 CE. Así en el caso de la regulación de las asociaciones, las CCAA deberán respetar, al ejercer sus competencias sobre la materia (sobre "tipos específicos" de asociaciones: STC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 3 C), el contenido de una eventual ley orgánica estatal que desarrolle el derecho de asociación, ley que, como es sabido, no ha sido dictada hasta el momento. En otro caso, esto es, si se generalizase la tesis de la STC 137/1986, las CCAA estarían solamente condicionadas por el límite derivado del artículo 149.1.1ª, esto es, por aquellas normas estatales que debieran considerarse regulación de las 'condiciones básicas' de igualdad en el ejercicio del derecho de asociación (pp. 225 ss).

autonómica, abordando tales cuestiones en base exclusivamente a la previsión del artículo 149.1, solución ésta que permite eliminar los problemas inherentes a la interpretación conjunta de las nociones de 'desarrollo' y de 'normas básicas'. Está por ver si esta marginación de la reserva de ley orgánica en relación con lo competencial ha de generalizarse a supuestos en los que no existe tal problemática, generalización que a mi modo de ver no es de recibo"<sup>1876</sup>.

En la reciente sentencia sobre la Ley Vasca de Asociaciones, considera el TC que, aunque su jurisprudencia sobre el tema no ha sido rectilínea, de ella pueden extraerse los dos siguientes criterios: "el ámbito de la reserva de Ley Orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado" y, en segundo lugar, "en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, al fijar el alcance de la reserva de ley orgánica debe cohonestarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas". De ello, y partiendo de la dificultad añadida de que "hasta la fecha no existe ninguna norma genérica de desarrollo directo del artículo 22 CE", deduce el TC que corresponde al Estado ex art. 81.1 CE la regulación de los "aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto", en tanto que "se atribuye la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma"<sup>1877</sup>. Y con respecto al artículo 149.1.1ª CE, señalará el TC que dicho precepto habilita al Estado "para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación. La legislación que con base a este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico", aunque en tanto no se haya dictado "resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial". Y ello es así porque el art. 149.1.1ª CE más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las CCAA, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione el ejercicio de las competencias autonómicas, de forma que "si el Estado considera necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas, éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor estos últimos quedarían automáticamente desplazados". Y "el legislador estatal podrá considerar condiciones básicas ex art. 149.1.1ª tanto lo que podríamos denominar la definición del concepto legal de asociación, como aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de la responsabilidad y causas y efectos de la disolución), que resulten imprescindibles o necesarios en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y, en cuanto tales,

---

1876 Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., pp. 220 ss.

1877 STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7º.



requieren un tratamiento uniforme"<sup>1878</sup>.

Al margen de lo anterior, y en lo que aquí importa, parece claro que mientras con relación a los derechos fundamentales de la Sección 2ª se admite la existencia de límites autonómicos<sup>1879</sup>, ello parece quedar excluido respecto de los derechos fundamentales de la Sección 1ª<sup>1880</sup>. En concreto, respecto del derecho de asociación, señala el TC que "debe considerarse reservado a la ley orgánica ex artículo 81.1 CE la regulación de los elementos esenciales [...] y, *muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas —es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar—, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas —militares, jueces, etc., o en relación a la libertad de no asociarse*" (cursiva nuestra)<sup>1881</sup>. Sin embargo, a nuestro modo de ver<sup>1882</sup>, lo cierto es que tampoco puede descartarse, en nuestro sistema constitucional, la incidencia limitadora del legislador autonómico respecto de los derechos de la Sección 1ª:

-Por un lado, en la doctrina se ha puesto de relieve cómo, con relación a las normas penales en blanco<sup>1883</sup>, pese a la competencia

1878 STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9º, donde también se afirma que no puede descartarse "de alguno de los preceptos hoy vigentes de la Ley de Asociaciones de 1964, del Código Civil o de otras disposiciones pre y postconstitucionales relativas a tipos concretos de asociación pueda inferirse alguna pauta que pueda considerarse condición básica". Lo que ocurre es que, en este caso, "el recurrente no contribuye a la realización de esta tarea ya que no especifica cuáles son".

1879 Véanse las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FFJJ 2º y 3º y 52/1988, de 24 de marzo, FJ 4º, sobre la libertad de empresa; y la STC 37/1987, de 26 de marzo, FFJJ 9º y 10º respecto de la propiedad privada.

1880 Véanse las SSTC 49/1984, de 5 de abril y 153/1985, de 7 de noviembre, para la libertad de expresión.

1881 STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8º. Junto a lo resaltado en el texto, forman parte de los elementos esenciales del derecho: "la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes [...] al alcance del mismo en las relaciones inter privados, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos". En el voto particular, los cinco magistrados discrepantes critican que se excluya de la reserva del art. 81.1 CE "todo aquéllo [sic] que sirve a la concreción del concepto abstracto de asociación: Quién puede asociarse, cómo se estructura una asociación, qué derechos y obligaciones tienen los asociados, cómo actúa la asociación interna y externamente, cuándo desaparece una asociación, cómo se disuelve, etc".

1882 Según Rubio Llorente, las leyes ordinarias que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales pueden ser en principio tanto estatales como autonómicas, si bien "en virtud de la división material de competencias entre el Estado y las CCAA, sólo en aspectos marginales pueden éstas incidir efectivamente sobre la regulación del ejercicio de los derechos". Francisco Rubio Llorente, "La configuración...", cit., p. 1335.

1883 Las normas penales en blanco son aquellas que, para la construcción del

exclusiva del Estado en materia penal, en ciertos casos las normas que complementan el tipo son normas autonómicas, leyes o incluso meros reglamentos. El problema se ha planteado, por ejemplo, en el caso de la transfusión de sangre contaminada con virus del SIDA en un hospital de Cataluña, sin haberse realizado previamente las pruebas para detectarlo que imponían disposiciones legales de dicha Comunidad Autónoma. El precepto que venía en aplicación era el 343 bis del CP anterior, que prohibía la expedición de medicamentos "sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias". Pero se plantea en general en aquellos supuestos en que la remisión de la ley penal recae sobre una materia (sanitaria, medioambiental, etc.), sobre la que la Comunidad Autónoma tiene competencia, por lo que, como Muñoz Conde y Arán destacan, la legislación emanará de ésta y será la que "delimitará y acotará, de hecho, lo que deba considerarse delictivo, con lo que puede estarse afectando al sistema de reparto competencial" y ello puede llevar al grave resultado de que lo que en una Comunidad Autónoma es constitutivo de delito no lo sea, en cambio, en otra. En el ejemplo planteado, "al producirse los hechos, la obligatoriedad de realizar las pruebas sobre el SIDA en la sangre destinada a transfusiones sólo se había establecido en Cataluña e, inevitablemente, ello conduce a plantear una posible infracción del principio de igualdad ante la ley"<sup>1884</sup>, aunque Carbonell Mateu considera que hay supuestos en que las diferentes necesidades de las CCAA permiten el tratamiento desigual de supuestos desiguales reflejados en la normativa autonómica que integra la norma penal<sup>1885</sup>. Otro ejemplo más reciente vendría constituido por la aplicación del art. 636 CP, que tipifica la conducta de aquel que realiza una actividad para la que se exija seguro obligatorio de responsabilidad civil sin tenerlo, puesto que aunque que sea una ley estatal la que determine la

---

supuesto de hecho o más raramente de la consecuencia jurídica, en parte se remiten a otra norma no penal. Por ejemplo, el art. 260 CP, al definir el delito de quiebra se remite a la declaración civil de quiebra, que deberá formularse con arreglo al Código de Comercio. Esa remisión es problemática en cuanto se refiera a leyes no orgánicas o incluso a reglamentos. El TC ha admitido esta técnica siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y en la ley queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta, de manera que el contenido de disvalor de la conducta punible respecto de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos debe encontrarse descrito por la ley penal, pues de lo contrario se infringiría la reserva de ley. Así, por ejemplo, la STC 127/1990 considera como constitucionalmente admisible la tipificación como delito la conducta de quien, "contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente", realice determinadas acciones que creen un peligro grave para las personas o el medio ambiente. En este caso, es delito no toda infracción legal o reglamentaria sino sólo aquellas que acompañen a determinados hechos y provoquen el peligro. Sobre ello, véase Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 122 ss. y la STC 24/1996, de 13 de febrero, FJ 3º y jurisprudencia allí citada.

1884 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal...*, cit., p. 125.

1885 Carbonell Mateu, *Derecho Penal: conceptos y principios constitucionales*, Valencia, 1995, cit. por op. últ. cit.

obligación de suscribir tal seguro (por ejemplo, la tenencia de animales potencialmente peligrosos según la reciente Ley 50/1999, de 23 de diciembre), con toda frecuencia la ley podrá ser desarrollada por el legislador o, incluso, la Administración autonómica de modo diverso en cada Comunidad Autónoma con la consecuencia de que conductas punibles en una Comunidad Autónoma no lo serán en otra<sup>1886</sup>.

Como señalan Muñoz Conde y García Arán, "tales cuestiones no han sido abordadas por el TC y muy escasamente por la doctrina constitucional. Lo que parece claro es que una vez asumida legalmente la competencia por la Comunidad Autónoma, ésta puede ejercerla dentro de sus límites y con todas sus consecuencias sin necesidad de atender a los problemas que puedan derivarse de las remisiones que la legislación penal efectúe a dicha normativa específica [ ] Es por el contrario el Poder legislativo del Estado el que debe cuidar de que la legislación penal se mantenga dentro de su competencia exclusiva y sea única para todos los ciudadanos españoles. Por tanto, el problema no radica en el contenido de la disposición autonómica, sino en la forma en que el legislador efectúa la remisión"<sup>1887</sup>.

-Si en la esfera penal se admiten regulaciones autonómicas que inciden sobre los derechos fundamentales, restringiéndolos, tanto más se admiten en otros ámbitos. Así, en el ámbito local, se ha planteado, por ejemplo, la licitud constitucional de un precepto legal que autorizaba a los Ayuntamientos a incrementar el tipo de gravamen del Impuesto de Bienes Inmuebles hasta unos determinados porcentajes que variaban en función de la naturaleza urbana o rústica del bien inmueble y del número de habitantes del municipio. Y el TC considera que "cualquier normativa local [...], dentro de su ámbito competencial propio, [...] puede incidir sobre la circulación de personas y bienes", aunque "no toda incidencia es necesariamente un obstáculo", sino que sólo lo son aquellas medidas que generen "consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito" perseguido, que era la autonomía local y la suficiencia económica de los ayuntamientos y considera constitucional dicha facultad de los ayuntamientos<sup>1888</sup>. Pero esta "concepción flexible" de la reserva de ley en relación con las tasas y precios públicos, permitiendo un amplio ámbito de regulación a las Ordenanzas municipales, no es

---

1886 Así, en el ejemplo de la Ley estatal que impone el seguro obligatorio para animales potencialmente peligrosos, la misma califica como tales, por un lado, a los que pertenecen a la fauna salvaje que pertenezcan a especies o razas que tengan capacidad para causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas y, por otro lado, califica como tales a los animales domésticos o de compañía "que reglamentariamente se determinen, en particular los pertenecientes a una especie canina, incluidos en una tipología racial, que por su carácter agresivo, tamaño o potencia de mandíbula tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas".

1887 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal...*, cit., p. 125.

1888 STC 233/1999, de 19 de diciembre, FJ 26º.

extrapolable a la reserva de ley sancionadora del art. 25 CE, como ha venido a aclarar la reciente STC 132/2001, de 8 de junio, en cuanto que el último precepto no se limita a perseguir la garantía de una posición básica de los contribuyentes en todo el territorio nacional, sino que garantiza la posición jurídica de cada ciudadano en relación con el poder punitivo del Estado, si bien la exigencia de ley sancionadora ha de flexibilizarse necesariamente en materias en que esté presente el interés local y, por ello, exista un amplio campo para la regulación municipal, siempre que la apruebe el Pleno del Ayuntamiento, y si bien "la flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley", no permite tampoco la "inhibición del legislador", que ha de fijar los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los que el Ayuntamiento pueda establecer las sanciones, pero sin que ello suponga que haya de redactar ya los tipos "ni siquiera de la fijación de tipos genéricos" y también tiene el legislador que regular los tipos posibles de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales, aunque tampoco aquí tiene que establecer una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos (FFJJ 6º ss).

2. Se considera constitucionalmente legítimo que el sufragio activo (o pasivo<sup>1889</sup>) en las elecciones autonómicas se restrinja a los que tengan la condición política correspondiente a la Comunidad Autónoma de que se trate; o que se exija que los senadores designados por una Comunidad Autónoma tengan la correspondiente condición política<sup>1890</sup>.

3. La exigencia, o la simple valoración como mérito, de residencia en la Comunidad Autónoma o municipio para el acceso a la función pública resulta inconstitucional, según el TS<sup>1891</sup>. Y en cuanto a la valoración de títulos o capacitaciones profesionales que sólo se pueden adquirir en un determinado ámbito territorial, es de destacar una sentencia del TC según la cual el requisito establecido por una Ley catalana de que el personal técnico de bibliotecas contase con la formación y titulación de la Escuela de Bibliología de Barcelona resulta inconstitucional, pues no se cumple una exigencia constitucional ineludible, a juicio del TC: la de que "la diferencia impuesta en razón de la capacitación técnica [... habrá de ser] adecuada a la naturaleza de las tareas a realizar y [... establecerse] con carácter general, esto es, en referencia directa a la posesión de determinados conocimientos o determinada titulación acreditativa de éstos, pero no al procedimiento seguido para adquirirlos o al Centro donde fueron adquiridos, pues cualquiera de estas fórmulas sí implica ya una diferencia

---

1889 STC 60/1987, de 20 de mayo, FJ 2º: "no cabe descalificar como desprovista de razonabilidad la exigencia" señalada teniendo en cuenta su finalidad "de procurar una cierta homogeneidad de intereses en el ámbito de la Comunidad Autónoma entre el Cuerpo Electoral y aquellos que ante él se proponen como candidatos. Este es un fin constitucionalmente lícito para el legislador y tampoco puede decirse que el criterio elegido para su consecución resulte discriminatorio".

1890 STC 40/1981, de 18 de diciembre, FJ 1.d.

1891 SSTs de 16 de julio de 1982 y de 8 de julio de 1988, cit. por Juan Pemán Gavín, *Igualdad...*, cit., pp. 163-164.

no justificada"<sup>1892</sup>. Y en cuanto a la posibilidad de que se exija, incluso con carácter general para acceder a la función pública autonómica, el conocimiento de la lengua de la Comunidad Autónoma, o se valore positivamente su conocimiento, habrá que analizar la exigencia "con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad desde la perspectiva de lo dispuesto en los artículos 23.2, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución"<sup>1893</sup>, siendo concretamente "contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública exigir un nivel de conocimiento del catalán [vasco o gallego] sin relación alguna con la capacidad requerida para la función" a desarrollar<sup>1894</sup>.

4. Se admite incluso el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Comunidades Autónomas sobre materias de su competencia, potestad que aquéllas ejercen con toda normalidad y un alcance hoy ya desorbitante. Es explícita en este sentido la doctrina del TC: "Las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho sancionador (art. 25.1 CE, básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1) [...] El Derecho administrativo sancionador creado por las Comunidades Autónomas puede implicar, sin duda, una afectación al ámbito de los derechos fundamentales, pues la previsión de ilícitos administrativos supone siempre una delimitación negativa del ámbito de libre ejercicio del derecho. Tal afectación no implica (Sentencia de 16 de noviembre de 1981, FJ 2º) que toda regulación en este extremo sea de exclusiva competencia del Estado. Sin duda que la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1ª CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio. Y también es cierto que el procedimiento sancionador habrá de atenerse al 'administrativo común', cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18ª CE). Pero, dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones —en el marco ya señalado—, porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales"<sup>1895</sup>.

---

1892 STC 42/1981, de 22 de diciembre, FJ 4º, con voto particular de Díez de Velasco y Díez-Picazo, quienes consideran que sí había en este caso una justificación objetiva y razonable pues los estudios de la citada escuela no tenían paralelo en ningún otro centro de estudios en España, por no existir otro similar.

1893 STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 14º.

1894 STC 46/1991, de 28 de febrero, FJ 4º.

1895 STC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8º.



## CONCLUSIONES

La problemática de la limitación a los derechos fundamentales es una de las más complejas del Derecho constitucional contemporáneo; y si bien en los últimos años la misma ha sido abordada en nuestra doctrina constitucionalista, falta todavía hoy un tratamiento dogmático propio de una teoría general que vaya más allá de una mera yuxtaposición más o menos sistemática de fragmentos de los pronunciamientos de nuestro TC en este campo. Para la elaboración de esta investigación doctoral se ha huido tanto de una construcción dogmática conceptualista ajena al Derecho positivo como de la mera exposición de regulaciones legales y jurisprudencia. Mas bien, partiendo del Derecho vigente y de la jurisprudencia existente, del Derecho Comparado, así como de la doctrina que se ha ocupado de estas cuestiones, se ha tratado de construir una teoría *practicable* de los límites a los derechos fundamentales, dirigida a facilitar el control de la legitimidad de tales limitaciones y a hacer dicho control más sistemático, coherente y previsible.

Para ello, a falta prácticamente de todo desarrollo teórico de la cuestión en nuestro Derecho, parecía ineludible tomar como punto de referencia la doctrina y la jurisprudencia alemanas, fundamentalmente por tres razones: en primer lugar, el dato objetivo de la proximidad innegable de la regulación de los derechos fundamentales en nuestra Constitución y en la Ley Fundamental de Bonn; en segundo lugar, el profuso desarrollo de la teoría general de los derechos fundamentales en la doctrina alemana, lo que la convierte en un excelente punto de referencia por haber proporcionado un “suelo dogmático” de gran solidez doctrinal sobre el que ha podido operar su TC, con resultados contrastados en la realidad y que han sido positivos; en tercer lugar, y a consecuencia de las dos circunstancias anteriores, el influjo mayúsculo de la doctrina y la jurisprudencia del TCFA, al interpretar la LF, en la hermenéutica de nuestra propia Norma suprema en el ámbito de los derechos fundamentales, así como, por otra parte, la importante incidencia que han tenido igualmente en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo, por un lado, y en la doctrina de los órganos de la constitucionalidad de

diversos países de nuestro entorno.

Por otra parte, el estudio de la cuestión de la limitación a los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional no podía reducirse, si pretendía ser global, al estudio crítico de la jurisprudencia de nuestro TC, sino que, por un lado, había de extenderse al análisis de la jurisprudencia del TJCE y el TEDH, cuya eficacia en nuestro propio ordenamiento jurídico está fuera de toda duda, formando parte de nuestro Derecho positivo en el sentido más estricto; y por otro lado, no podía tampoco prescindir de un examen a fondo del objeto de estudio desde una perspectiva histórica, tanto en los inicios de nuestro constitucionalismo como en los del constitucionalismo mundial, en EEUU y Francia.

Ha sido este estudio crítico y sistematizador de la jurisprudencia del TC, del TEDH y del TJCE, así como de la doctrina y jurisprudencia germanas, el que ha permitido llegar, al final de esta investigación, a las siguientes conclusiones provisionales:

1ª.- En primer término, hay que destacar que, aunque recientemente se haya puesto en duda por algunos autores y aunque la jurisprudencia de nuestro TC —de manera incongruente, por lo demás, con su reiteradísima doctrina general de que no hay derechos fundamentales de carácter absoluto— también haya sostenido recientemente el carácter absoluto o ilimitable de algunos derechos fundamentales, debe partirse de la base de que todos los derechos fundamentales están sujetos a limitaciones legítimas; no hay, pues, derechos fundamentales absolutos; todos, sin excepción posible, son limitados y limitables. Ello se explica porque el individuo titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado, sino un hombre que vive en sociedad, *convive*, en el sentido más literal de la palabra, con otros individuos, por lo que el necesario respeto a los derechos de los demás y la protección de otros intereses colectivos conlleva limitaciones a la propia libertad. La consideración detallada de cada derecho fundamental permite apreciar que todos ellos están sujetos a limitaciones, sin perjuicio de que, naturalmente, aquellos derechos más estrechamente vinculados al núcleo de la individualidad (libertad religiosa y de conciencia) o de carácter absolutamente básico para la existencia misma del individuo (derechos a la vida y a la integridad física y moral) sean menos susceptibles de limitación legítima que aquellos otros derechos fundamentales cuyo ejercicio presupone *per se* una interacción social (así, las libertades de expresión, reunión o asociación).

2ª.- El concepto de limitación a los derechos fundamentales debe entenderse en un sentido amplio, de manera que cualquier actuación u omisión de un poder público que tenga, de cualquier modo, una incidencia restrictiva sobre el ámbito *prima facie* protegido por el



derecho fundamental ha de considerarse como una limitación a ese derecho y sólo las actuaciones que incidan sobre el derecho fundamental sin restringirlo podrán considerarse como configuración o conformación del mismo. Entre las posibles clasificaciones de las limitaciones a los derechos fundamentales pueden destacarse las que distinguen entre: límites constitucionales directos e indirectos; límites inmanentes *stricto sensu* y límites externos (explícitos e implícitos o inmanentes *lato sensu*); límites de la garantía y límites de reserva; límites de reserva materiales, formales, de leyes generales y no expresos; límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho.

3ª.- Es imprescindible para el correcto enjuiciamiento de la legitimidad de las limitaciones a los derechos fundamentales y para el adecuado tratamiento dogmático de la categoría, la utilización de un método general sistemático. Este método se ha desarrollado especialmente en la doctrina y jurisprudencia alemanas, partiendo del esquema, de aplicación en tantos ámbitos del Derecho, regla/excepción, esquema que, proyectado sobre este campo, conlleva que la libertad (esto es, el derecho fundamental de que se trate) es la regla y sus limitaciones la excepción.

4ª.- Conforme a este método, se distinguen, en el análisis de cualquier cuestión relativa a una limitación a los derechos fundamentales, tres fases:

- a) Ámbito normativo o de protección, tipo o supuesto de hecho del derecho fundamental: Se trata de definir el contenido *prima facie*, antes de toda limitación, del derecho fundamental;
- b) Intervención o injerencia en el derecho fundamental: Hay que analizar si existe una acción u omisión susceptible de ser considerada una afectación, injerencia o incidencia restrictiva en el derecho fundamental;
- c) Justificación: Debe aquí examinarse si la intervención en el derecho fundamental cumple los requisitos constitucionalmente exigibles para las restricciones a los derechos fundamentales: por ejemplo, reserva de ley, principio de proporcionalidad (en concreto, la persecución de una finalidad constitucional y la observancia de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad), contenido esencial, etc.

5ª.- El método referido es un método escalonado, pues se basa en un examen por escalones o fases, de manera que si el supuesto de hecho de que se trate no encuentra encaje en el tipo iusfundamental, esto es, en el ámbito normativo del derecho fundamental, ya no procede pasar al siguiente escalón, pues no estaremos ante una cuestión de derechos fundamentales; si, en cambio, se estima, que el supuesto de hecho sí se corresponde con el tipo o ámbito normativo de un derecho fundamental, en una segunda fase de examen habrá que analizar si hay una intervención en el derecho y, sólo si existe tal intervención, procederá

pasar a la tercera fase de examen a fin de enjuiciar la justificación constitucional de dicha intervención, pero si no hay intervención en el derecho, en cambio, el examen debe interrumpirse.

Por tanto, sólo si se estima que el supuesto de hecho encaja en el ámbito normativo de un derecho fundamental (1ª fase), y que hay además una intervención en dicho ámbito protegido del derecho (2ª fase), deberá enjuiciarse la justificación constitucional de tal intervención (3ª fase), examinándose, en las siguientes subfases, la concurrencia en el caso de que se trate de los requisitos, generales o específicos para un determinado derecho fundamental (la prohibición de censura para la libertad de expresión, por ejemplo), constitucionalmente exigidos para que una limitación o intervención en el derecho fundamental sea legítima, que en el caso de España, por ejemplo, serían los siguientes:

- a) Reserva de ley;
- b) Reserva jurisdiccional para las limitaciones a los derechos en el proceso penal y en general para cualquier restricción grave o grosera en los derechos fundamentales;
- c) Generalidad de la ley en el ámbito de los derechos fundamentales;
- d) Principio de proporcionalidad, que se subdivide en cuatro fases:
  - 1.- Finalidad constitucional de la intervención en el derecho fundamental;
  - 2.- Subprincipio de idoneidad;
  - 3.- Subprincipio de necesidad;
  - 4.- Subprincipio de ponderabilidad o proporcionalidad en sentido estricto;
- e) Contenido esencial.

También en el análisis de cada uno de estos requisitos el método de examen habrá de ser escalonado, de manera que si la medida interventora en el derecho fundamental sujeta a examen no supera alguno de los escalones o subescalones de examen (la medida no aparece cubierta por una reserva de ley, o ésta no es general, o no se respeta la reserva jurisdiccional para la limitación de los derechos fundamentales, o no persigue una finalidad constitucional, o no es idónea, necesaria o proporcionada en sentido estricto para lograr tal finalidad o, en fin, no respeta el contenido esencial), entonces puede detenerse el examen o enjuiciamiento para declarar ilegítima, sin más, tal intervención o injerencia en el derecho fundamental. Ello se explica porque si el supuesto de hecho de que se trate no encaja en el ámbito normativo del derecho fundamental, no hay ninguna cuestión de derechos fundamentales a abordar; y si, encajando el supuesto de hecho en el ámbito protegido por un derecho fundamental, no hay ninguna incidencia restrictiva en dicho ámbito que reduzca la protección iusfundamental en el caso concreto de uno u otro modo, tampoco hay ninguna cuestión de derechos fundamentales a resolver; y en caso de que se cumplan los requisitos anteriores, es evidente que lo que la Constitución exige no es que la intervención en el derecho fundamental respete la reserva de ley o

que respete el principio de proporcionalidad en cada uno de sus subprincipios o el contenido esencial, etc., sino que lo que exige es que respete todos y cada uno de esos requisitos, cumulativa y no alternativamente, de manera que, si uno solo de ellos no se respeta, la medida no puede pretenderse constitucionalmente legítima, por lo que la estimación de que uno de esos requisitos (o “subrequisitos”) no ha resultado observado ha de llevar necesariamente a la declaración de la inconstitucionalidad de la intervención en el derecho sin más trámites, sin perjuicio de que el órgano enjuiciador pueda, por razones de argumentación *ad abundantiam* o de legitimación de su decisión, reforzar su motivación en ocasiones a través de una continuación o no-interrupción de su examen cuando ello le lleva a confirmar el resultado a que llegue (por ejemplo, para sostener que la medida no encaja en el ámbito normativo del derecho fundamental, pero, aun en la hipótesis de que encajara, no es constitucional; o que es inconstitucional porque no respeta la idoneidad, pero, además, tampoco respeta los subprincipios de necesidad o proporcionalidad en sentido estricto, etc).

No obstante, esto último, si bien puede reforzar la legitimidad de las decisiones del órgano enjuiciador (en particular, el TC, TEDH o TJCE) —especialmente en los primeros momentos de aplicación del principio de proporcionalidad en su composición trifásica—, no sólo es dogmáticamente innecesario y hasta confuso, sino que, desde un punto de vista didáctico —y la jurisprudencia también cumple una función didáctica accesoria—, lejos de aclarar las cosas, puede inducir a una mala comprensión o erróneo entendimiento del método de examen. El Tribunal debería señalar, y resaltar, que se trata de un método escalonado de examen y, cuando, a fin de reforzar su argumentación o la legitimidad de su decisión (*ad extra* o, no en menor medida, también *ad intra*) o por otras razones, no proceda él mismo coherentemente con el carácter escalonado del examen (prosiga el enjuiciamiento desde la necesidad o la proporcionalidad de una medida ya declarada inidónea; o examine la proporcionalidad de una medida que no observa ya la reserva de ley, etc.) habrá de aclarar convenientemente que está sólo proporcionando una argumentación a mayores, que no constituirá por ello propiamente la “ratio decidendi” del fallo.

No ocurre así en la jurisprudencia de nuestro TC, que no ha declarado que el método de examen es un método escalonado o por fases, lo que debería aclararse adecuadamente. En ocasiones, incluso, el TC no ha aplicado este método de manera escalonada, lo que, pese a que desde un punto de vista dogmático o teórico no es correcto, puede explicarse, como decimos, únicamente a fin de dotar de mayor legitimidad a sus decisiones, pero cuando así ocurra debería aclararse que se está argumentando ya sólo *ad abundantiam* sobre una decisión ya adoptada, pues de lo contrario se induce a confusión: a pensar que el método no es escalonado, algo que sería completamente absurdo, como fácilmente se comprenderá; una confusión que podría dar lugar, precisamente con mayor motivo en tanto este método no tenga todavía una consolidada

aplicación, a un mal entendimiento del método de examen por los operadores jurídicos, especialmente por la jurisdicción ordinaria, lo que debe ser evitado a toda costa.

6ª.- Este método escalonado de enjuiciamiento, utilizado y desarrollado originariamente en la jurisprudencia y doctrina alemanas, ha influido en la jurisprudencia del TEDH y el TJCE. En lo que se refiere al CEDH es de destacar que falta al día de hoy una teoría general seriamente desarrollada de los derechos fundamentales y sus límites, pues aunque la doctrina que se ocupa de estas cuestiones en los diversos países es copiosa, por lo general los autores se limitan a enumerar y reproducir la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, partiendo de esa jurisprudencia y de una cierta metodología general, arriba expuesta y que se toma de la doctrina alemana, es posible construir una dogmática de los límites a los derechos fundamentales que se erija sobre los siguientes pilares:

a) Reglas generales interpretativas de los límites a los derechos fundamentales: De los artículos 17 y 18 CEDH se deducen varias reglas interpretativas generales: 1.- Por un lado, cuando el CEDH regula expresamente límites a los derechos, no caben límites implícitos a los mismos, de modo que estos últimos sólo pueden operar respecto de los derechos implícitos o respecto de los derechos expresos pero sin límites expresos en el CEDH; por otro lado, los límites que expresamente establece el CEDH a ciertos derechos son límites máximos, no mínimos (cabe, aunque no es exigible, una protección mayor del derecho; no es legítima, en cambio, una tutela de menor alcance); 2.- Los límites a un derecho fundamental, en cuanto que son una excepción a éste, han de interpretarse restrictivamente y, por consiguiente, hay que interpretar extensivamente el alcance de los derechos; 3.- En términos generales, y a salvo los supuestos en que haya deberes de protección, los límites que el CEDH fija a los derechos de modo expreso no son vinculantes ni en su existencia ni en su alcance.

b) Método de examen de la legitimidad de las injerencias en los derechos fundamentales: El atento análisis de la jurisprudencia permite descubrir una cierta metodología general en el examen por parte del TEDH de las cuestiones sujetas a su enjuiciamiento, si bien este método no se aplica a todos los derechos. A nuestro modo de ver, debería utilizarse este método de un modo más generalizado y emplearlo del modo más explícito posible. Este método se corresponde, a grandes rasgos, con el método escalonado antes expuesto (ámbito normativo, injerencia en ese ámbito y justificación de la injerencia), si bien, por un lado, el TEDH no siempre aplica el método de manera escalonada, y, en segundo lugar, en el ámbito de la justificación los extremos a analizar serían los siguientes:

1.- Cobertura legal: El TEDH utiliza un concepto funcional de ley, que contiene más elementos del concepto material de ley que del formal, no distinguiendo hasta ahora ni el TEDH ni la Comisión según se trate de injerencias más o menos graves en los derechos para exigir a las primeras una previsión por ley *formal*. Desde nuestro punto de vista, el TEDH

debería requerir una ley parlamentaria para que una injerencia en un derecho del Convenio pueda estimarse que tiene un fundamento legal, sin perjuicio de continuar reconociendo las especificidades de los países de *common law* en este campo ni de reconocer la posibilidad de una cierta “colaboración reglamentaria”, que habrá de ser tanto menor cuanto más grave sea la injerencia en el derecho fundamental o también en función de los derechos fundamentales afectados.

Por otro lado, el TEDH ha venido practicando hasta ahora una suerte de *self-restraint* al examinar el fundamento legal de una injerencia en un derecho del Convenio. Y ha exigido el Tribunal de Estrasburgo que la ley que limite los derechos fundamentales reúna los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, requisitos que el Tribunal hace depender del texto en cuestión, del campo que cubra y del número y la condición y número de sus destinatarios y tiene en cuenta no sólo la norma sino también su interpretación por los tribunales nacionales. Debe, por último, rechazarse la admisibilidad de una cláusula general de policía en el marco del CEDH, ni siquiera para los supuestos más extremos de peligros directos y graves para bienes jurídicos relevantes, pues vendría a burlarse la exigencia de cobertura legal.

2.- Fin legítimo según el CEDH: Este requisito no tiene excesivo peso en la jurisprudencia del TEDH, pues aunque las finalidades legitimadoras para cada derecho son distintas, lo cierto es que la amplitud y generalidad de las finalidades previstas permite cobijar limitaciones de lo más variado. El TEDH y la Comisión, por ello, sólo en raras ocasiones se han esforzado en definir el ámbito particular de cada una de las finalidades legítimas previstas en el CEDH, algo criticable pues, pese a su dificultad, es ésa una tarea posible y que debería desarrollarse. El análisis por el TEDH de la concurrencia de este requisito es, por lo general, muy somero y frecuentemente utiliza el Tribunal de una manera combinada distintas finalidades. Este requisito rige también para los límites implícitos, si bien para ellos no habrá una lista expresa y tasada de finalidades legítimas. En cualquier caso, si una medida restrictiva de un derecho del Convenio no responde a una finalidad legítima, tal medida es contraria al CEDH, sin que sea preciso ya analizar su proporcionalidad.

3.- La “necesidad en una sociedad democrática”, requisito este último que se reduce casi siempre al principio de *proporcionalidad* (término que no aparece recogido, sin embargo, en ningún lugar del Convenio), pero que, dado el carácter internacional del CEDH, se halla matizado por el reconocimiento de un “margen nacional de apreciación o discrecionalidad de las autoridades nacionales” (Parlamento, Ejecutivo, Poder Judicial), margen de alcance diverso en función de las circunstancias, los asuntos de que se trate y el contexto, la naturaleza de las actividades implicadas y los intereses protegidos por el derecho, la naturaleza de la finalidad de la restricción o la existencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, entre otros factores. La intensidad de control a través de la proporcionalidad varía en función de los derechos afectados (por ejemplo, se aplica un estándar mínimo para el derecho de

propiedad y otro especialmente estricto para la libertad de expresión y los aspectos íntimos de la vida privada), el alcance o intensidad de la injerencia en el derecho fundamental y la naturaleza del interés protegido (deferencia, por ejemplo, respecto de la seguridad nacional).

En la aplicación de este principio de proporcionalidad, puede destacarse lo siguiente: 1.- Parece que puede partirse de una regla general de que el Estado tiene la carga de probar que hubo razones relevantes y suficientes para la injerencia en el derecho; es irrelevante la existencia o no de buena fe por parte de las autoridades nacionales; 2.- El TEDH no aplica los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, aunque en la práctica su jurisprudencia viene exigiendo por lo general el contenido que de tales subprincipios se derivaría, si bien sería de desear una mayor sistematización de las exigencias de la proporcionalidad, lo que podría hacerse a través de dichos subprincipios; 3.- Cuando la injerencia es acordada discrecionalmente por una autoridad, el principio de proporcionalidad requiere una cierta justicia procedimental para asegurar que se toman en consideración los intereses de los afectados; 4.- Debe valorarse la existencia de salvaguardias frente a los abusos y en concreto de un control judicial último.

7ª.- En lo que se refiere al Derecho Comunitario, a falta de un catálogo de derechos fundamentales de fuerza vinculante, los derechos fundamentales han penetrado en ese ordenamiento a través de los principios generales del Derecho reconocidos por el TJCE. Y si no hay una regulación general expresa y precisa de tales derechos por una norma jurídica en sentido propio, menos todavía existe tal regulación respecto de sus limitaciones, cuyo régimen viene a ser, como el de aquellos derechos en general, el que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Es de destacar en esta jurisprudencia la ausencia de todo método riguroso y uniforme de examen. El método que debería utilizarse es, a nuestro modo de ver, el método escalonado antes definido con carácter general y ello tanto por razones de racionalidad y autodisciplina en el control de la legitimidad, facilitando así el acierto en las decisiones, como por razones de transparencia, previsibilidad y posibilidad de control intersubjetivo de sus decisiones. Y ese método ha de utilizarse, no como mera coartada formal, sino como un método de aplicación rigurosa que requiere, en primer término, acabar con el carácter escueto o apodíctico de las decisiones del TJCE; y diferenciar claramente, en segundo lugar, entre el ámbito normativo o de protección de un derecho, las intervenciones en ese ámbito y la justificación de esas intervenciones. Falta en la jurisprudencia del TJCE la imprescindible transparencia metodológica y expositiva, lo que si bien no excluye por supuesto un adecuado enjuiciamiento *in casu*, sí que lo dificulta considerablemente y, en cualquier caso, hace poco disciplinada, transparente y previsible su actuación jurisdiccional en este campo.

En particular por lo que se refiere al ámbito normativo de los derechos fundamentales, se plantea la cuestión del "nivel de protección", esto es, si la protección comunitaria de un derecho fundamental es una máxima, mínima o intermedia (y de qué tipo en concreto en cada uno de esos casos), inclinándose la mayoría de la doctrina (europea en general, y española en particular) por considerar que se trata de un nivel máximo. Desde nuestro punto de vista, esta postura no es sostenible, como el caso *Hoechst* (1989) hizo patente, sino que de la jurisprudencia comunitaria se deduce que el Tribunal de Luxemburgo se decanta por una posición favorable a un nivel intermedio de protección, elaborado a través de una comparación valorativa de los ordenamientos nacionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de los objetivos y estructura comunitarios o, si se prefiere, un estándar máximo *relativizado* por la apreciación de los intereses específicos comunitarios. Esta posición intermedia valorativa asume, sin duda, el nivel de protección que presenta mayor riesgo de arbitrariedad, pero resulta muy pragmático para la construcción del Derecho Comunitario en su actual estadio de evolución en materia de derechos fundamentales, si bien se hace necesario un posicionamiento más preciso y explícito del Tribunal, fijando criterios más objetivos para conocer el nivel de protección.

8ª.- En lo que se refiere ya al Derecho alemán, los límites a los derechos fundamentales se definen como aquellas normas que restringen la realización de principios iusfundamentales *prima facie*, o como aquellas normas jurídicas que excluyen los efectos jurídicos iusfundamentales que normalmente deberían producirse con base en el cumplimiento del "tipo" (ámbito normativo o de protección) iusfundamental, esto es, los presupuestos negativos de los efectos jurídicos del derecho fundamental, que ya no son componentes del tipo del derecho.

En el examen de todas las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, y en particular en las relativas a sus límites, se aplica por el TCFA y por la doctrina de un modo prácticamente unánime un esquema que distingue tres fases escalonadas, conforme al esquema que genéricamente hemos propuesto antes y que hemos tomado precisamente del Derecho constitucional alemán:

1.- Ámbito normativo, o de protección, o tipo del derecho fundamental: La doctrina mayoritaria y el TCFA siguen una concepción amplia, con más o menos matices según los casos, del tipo o ámbito normativo o de protección de los derechos fundamentales.

2.- Intervención en el derecho fundamental: Según el concepto clásico de "intervención" había de tratarse de un acto estatal que cumpliera cuatro requisitos: ser final (dirigirse a la afectación del derecho y no ser una consecuencia no buscada de una acción estatal con otro objetivo distinto), directo (no una consecuencia indirecta, aunque sea intencionada, de la acción estatal), jurídico (no una actividad de puro hecho) e imperativo (acto de soberanía unilateral). Pero este concepto está totalmente superado en la doctrina posterior a la LF y en la jurisprudencia del TCFA, lo que, sin

embargo, no ha llevado a prescindir del concepto clásico, que cumple una función orientativa, pues sirve para saber cuando, con toda seguridad, estaremos ante una intervención en el derecho fundamental, sin perjuicio de que se admitan muchas otras intervenciones que no encajarían en el concepto clásico (intervenciones fácticas o indirectas). Aunque una definición totalmente precisa no sea posible, puede considerarse que estaremos ante una intervención en un derecho fundamental cuando un poder público hace total o parcialmente imposible, o dificulta, a un individuo una conducta que entra dentro del ámbito normativo (o de protección) o "tipo" de un derecho fundamental, siendo indiferente que ese efecto fuera intencionado o no, directo o indirecto, jurídico o no (fáctico, informal), con o sin mandato y coacción, individual o general. Con todo, esta ampliación del concepto clásico de intervención, y su concreto alcance, plantean una serie de problemas en la doctrina y jurisprudencia que se han tratado de exponer en el trabajo.

3.- Justificación de las intervenciones en los derechos fundamentales (legitimidad de las restricciones): Todas las intervenciones en los derechos fundamentales han de tener un fundamento constitucional para poder ser legítimas y en esta fase se comprueba si existe ese fundamento, esto es, si se cumplen las condiciones que la LF exige para que una restricción a un derecho fundamental sea legítima. Al respecto deben distinguirse los derechos fundamentales que no están sujetos a reserva específica de ley (en la LF, no existe ninguna reserva genérica de ley, a diferencia de España) ni a limitación expresa y los derechos que están sujetos a algún tipo de limitación o reserva de ley expresas en la Constitución. Para los primeros, la jurisprudencia constitucional admite como límites los derivados de la concurrencia con otros bienes, derechos o valores constitucionales (límites implícitos), si bien en la doctrina existen otras interpretaciones distintas, que el TCFA no ha seguido o ha rechazado expresamente.

Se discute en la doctrina si son admisibles constitucionalmente los límites inmanentes, que delimitarían el derecho y no lo limitarían, excluyendo de su ámbito inicial de protección determinados supuestos sin necesidad de control de su legitimidad en términos de derechos fundamentales pues desde el principio no formarían parte del contenido de ese derecho. La posición de la doctrina mayoritaria, y acertada desde nuestro punto de vista, es la que rechaza la admisibilidad de tales límites, por ser un verdadero caballo de Troya en el sistema constitucional de garantías, una burla de las garantías propias de un Estado de Derecho para las limitaciones a los derechos fundamentales, pues vendrían a restringir el derecho fundamental sin tener que someterse a los requisitos constitucionales exigibles a toda restricción: reserva de ley, principio de proporcionalidad, etc. y serían un conducto a una arbitrariedad inadmisibles en este campo.

9ª.- Siguiendo con el Derecho alemán, en la tercera fase del examen de una cuestión relativa a los derechos fundamentales



(justificación de las intervenciones en los mismos), debería examinarse, en concreto, la concurrencia de los siguientes requisitos exigidos por la Ley Fundamental de Bonn a toda restricción a un derecho fundamental:

1.- Reserva de ley: Es especialmente de destacar la teoría de la esencialidad desarrollada por el TC a fin de evitar que, a través de un entendimiento puramente formal de esta garantía, se pudiesen “vaciar” los derechos fundamentales como en la experiencia de Weimar. Conforme a esta doctrina del TC, el legislador debe adoptar por sí mismo, sin remisión posible al poder reglamentario o a la decisión de la Administración, “todas las decisiones esenciales en los ámbitos normativos básicos, especialmente en el marco del ejercicio de los derechos fundamentales, en cuanto esta regulación estatal sea alcanzable”, doctrina que se ha extendido luego a la jurisprudencia: el legislador no puede dejar las decisiones esenciales a la jurisprudencia, salvo que se trate de conflictos de Derecho civil entre particulares, titulares de derechos fundamentales, supuesto éste último en que la jurisprudencia, a falta de regulación legislativa, puede y debe desarrollar soluciones satisfactorias. Y aunque la doctrina mayoritaria sigue esta teoría de la esencialidad, se le ha criticado su alta indeterminación o contenido resbaladizo, existiendo desacuerdo en cuanto a su concreto alcance y consecuencias.

2.- Prohibición de leyes limitadoras singulares: La LF prohíbe que se restrinjan ciertos derechos fundamentales a través de leyes singulares, pero el TCFA ha entendido esta interpretación en un sentido muy restrictivo, pues, de un lado, no considera leyes singulares las leyes-medida y, por otro lado, interpreta que esta prohibición se refiere sólo a los derechos sujetos a reserva de ley.

3.- Mandato de cita por la ley limitadora: Al igual que en el caso anterior, este requisito no tiene excesiva relevancia a la vista de la jurisprudencia del TCFA —compartida en términos generales por la doctrina mayoritaria—, que la ha interpretado muy restrictivamente a fin de que la misma “no obstaculice innecesariamente en su trabajo” al legislador. Y así, no es aplicable al “Derecho viejo” (esto es, preconstitucional) o a las leyes que reproducen ese Derecho viejo, aunque sean postconstitucionales; ni tampoco rige respecto de leyes que meramente concretizan el contenido mismo del derecho fundamental ni respecto de los derechos no sujetos a reserva expresa de ley en la LF o una reserva de ley distinta a la del art. 19 LF ni a los derechos con límites materiales (no una mera reserva de ley) expresos en la LF, etc. Por consiguiente, la mayoría de las leyes que restringen derechos fundamentales no entran en el ámbito de aplicación de esta garantía, que tiene una muy pequeña relevancia práctica hoy en día.

4.- Principio de proporcionalidad: Exige que la restricción al derecho fundamental sea una de rango constitucional, que también lo sea el medio utilizado para restringir el derecho y que la relación del medio para el logro del fin sea adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto, conforme a la composición trifásica del principio de proporcionalidad que ya hemos expuesto, tomándola precisamente del

Derecho constitucional alemán. La apreciación de que la medida sujeta a examen no persigue una finalidad constitucional, es en sí misma un medio inconstitucional, no es adecuada para lograr ese fin, o no es necesaria o proporcionada para ello, lleva a que se declare ilegítima la intervención en el derecho fundamental. Sobre cada uno de estos criterios o subprincipios de la proporcionalidad, como acerca de los fines constitucionales que pueden justificar restricciones a los derechos fundamentales, el TCFA y la doctrina han elaborado, a lo largo de las últimas cinco décadas, una muy rica y densa casuística, así como una cierta "dogmática" de su estructura formal y procedimiento de aplicación, lo que permite una aplicación relativamente segura del principio de proporcionalidad, siendo aceptada, en sus grandes rasgos, por la mayoría de la doctrina la construcción y aplicación práctica de este principio por parte del TCFA a lo largo de su historia, si bien sus concretas decisiones pueden ser puntualmente discutidas, como es natural y conveniente, o interpretadas diversamente en cuanto a su efectivo alcance, no faltando autores que sugieren una composición distinta del principio de proporcionalidad, prescindiendo, por ejemplo, del principio de proporcionalidad estricta.

Por último, es preciso resaltar que en la doctrina alemana es común estudiar, como supuestos especiales de restricción a los derechos fundamentales, determinadas hipótesis de limitación que presentan peculiaridades que justifican que el control de su legitimidad constitucional, sin prescindir del esquema general que acabamos de exponer, se aplique con determinadas especialidades en cada supuesto, que han sido estudiadas en este trabajo. Estos supuestos especiales de limitación a los derechos fundamentales serían la colisión de derechos fundamentales, la concurrencia de los mismos, el estado de necesidad, las relaciones de especial sujeción, el abuso de los derechos fundamentales contra el orden básico demo-liberal, el desposeimiento de determinados derechos fundamentales y la renuncia a uno de tales derechos.

10ª.- Esta construcción de la jurisprudencia y doctrina alemanas, además de influir en la jurisprudencia del TEDH y el TJCE, ha influido también en nuestra jurisprudencia constitucional, influjo que se hace especialmente patente e intenso en los últimos años, en concreto a partir de la STC 66/1995, en la que el TC viene a asumir, por vez primera, la composición tripartita y análisis trifásico del principio de proporcionalidad, algo característico de la doctrina alemana de los derechos fundamentales. Pero si bien el método se asume de un modo más explícito a partir de entonces, en realidad ya desde los primeros momentos el TC lo venía aplicando de un modo un tanto intuitivo, lo que se explica por el hecho de que se trata de un método que, al menos en sus grandes rasgos, responde a la propia naturaleza de las cosas: el hecho de que la libertad sea la regla y la limitación de la libertad sea la excepción ha de llevar a diferenciar entre una y otra claramente (ámbito normativo e intervención), así como a un examen separado de la concurrencia de los requisitos exigibles a una restricción de un derecho fundamental para que sea legítima (justificación).

Al margen de que ello es así, este método de análisis y enjuiciamiento de las limitaciones a los derechos fundamentales se justifica por varias razones, muy vinculadas entre sí: de un lado, la necesidad de que el examen de las cuestiones relativas a la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales sea lo más sistemático posible, a fin de facilitar su correcta aplicación por juristas y jueces que, aun con la debida formación constitucional, no son ni pueden razonablemente ser expertos conocedores de toda la casuística doctrina constitucional, asistemáticamente concebida, por lo que la existencia de este método facilita sin duda su conocimiento y aplicación; de otro lado, se facilita la comprensión del entero sistema de los derechos fundamentales a partir de una visión sistemática común, con la que fácilmente pueden familiarizarse todos los juristas (abogados, jueces, profesores, etc.) de los distintos sectores materiales de nuestro ordenamiento con una básica formación constitucional y hasta los estudiantes de Licenciatura, tal y como ocurre en Alemania; en tercer lugar, se hace el enjuiciamiento lo más previsible posible para la comunidad jurídica, proporcionando los puntos básicos a examinar, de un modo ordenado, para determinar si hay afectación de un derecho fundamental y si la misma es o no legítima; en cuarto lugar, al estructurar formalmente el procedimiento de examen, se facilita el acierto en la decisión, que se adoptará con arreglo a pautas y a un procedimiento generalmente establecidos y aplicados ya en una multitud de casos, sean o no análogos al enjuiciado.

11ª.- En lo que se refiere ya a la primera fase de este método, la inserción o no de un determinado supuesto de hecho en el ámbito normativo o protegido (el "tipo") de un derecho fundamental, existen quienes sostienen una concepción amplia y quienes sostienen una concepción estrecha en la comprensión de ese ámbito normativo de los derechos fundamentales, si bien en la realidad lo que más bien ocurre es que hay concepciones predominantemente estrechas o amplias de tal ámbito protegido, o "tipo", del derecho fundamental.

Nuestro TC, al igual que el TCFA y la doctrina mayoritaria tanto en España como en Alemania, se alinea claramente, aun sin sostenerlo así de modo explícito (algo completamente lógico, pues no es su función la de hacer dogmática), con los sustentadores de una concepción amplia del tipo iusfundamental, rechazando así tácitamente la postura de quienes, interpretando en realidad el derecho fundamental desde sus límites, consideran que no hay en puridad límites al derecho fundamental, sino que las cuestiones de límites son realmente delimitaciones mal definidas del derecho fundamental, por entender que un supuesto de hecho estará o no cubierto por un derecho fundamental, y esto hay que determinarlo mediante una adecuada delimitación de su contenido, de modo que si está amparado por el derecho fundamental, no caben ya limitaciones al mismo.

De este modo, se rechazan las concepciones estrechas del tipo (o ámbito normativo o de protección) del derecho fundamental en sus

versiones extremas, que pretenden resolver como problemas de delimitación del contenido del derecho fundamental lo que son cuestiones de limitación del mismo. Estas concepciones estrechas han sido sostenidas crecientemente entre nosotros, especialmente por quienes se han ocupado de una dogmática general de los derechos fundamentales, pero ni resisten la más mínima crítica teórica ni son practicables. Y es que tales concepciones estrechas del tipo iusfundamental:

a) De un lado, hacen más difícil el acierto en la resolución de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, pues tienden a resolver sin ponderación cuestiones que, según una concepción amplia, serían asuntos de límites a justificar rigurosamente y si bien el resultado a que lleguen puede ser en ocasiones parecido (la conducta que no está abarcada ya de entrada por el derecho fundamental para una concepción estrecha puede ocurrir que para una concepción amplia esté cubierta por ese derecho pero no esté protegida definitivamente) es claro que en el caso de las teorías o concepciones estrechas se resuelve por vía de subsunción lo que, según las concepciones amplias, se resolvería sólo tras una valoración conjunta a fondo en un riguroso examen. El resultado alcanzado puede ser el mismo, efectivamente, y en ambos casos el resultado será sólo correcto en la medida en que sea resultado de una ponderación correcta, con la diferencia de que esa ponderación será explícita y consciente cuando se parta de una concepción amplia; y tácita cuando se parta de una concepción estrecha.

b) Si también las exclusiones ya "a priori" de determinados supuestos del ámbito normativo del derecho fundamental sobre la base de concepciones estrechas serán correctas sólo en la medida en que sean el resultado de una ponderación correcta, y esa ponderación será encubierta, pues no se exterioriza, es claro que tales concepciones no sólo encierran un mayor riesgo de error, hasta el punto de que pueden basarse en ponderaciones superfluas o inconscientes que no se exteriorizan, sino que además no permiten un control por parte de la comunidad jurídica, por parte de la "sociedad abierta de intérpretes de la Constitución", que sólo podrá criticar el resultado y las hipotéticas vías por las que se podría justificar ese resultado, pero no podrá saber las concretas razones que la justifican.

c) Y, por último, aunque no menos sino más bien todo lo contrario, las concepciones estrechas hay que rechazarlas porque, mediante la exclusión apriorística de determinados supuestos del ámbito normativo del derecho fundamental, lo que propician es la exclusión para tales supuestos de las garantías propias de un Estado de Derecho para el control de las limitaciones a los derechos fundamentales. Al sostener que determinados supuestos no entran ya en el ámbito normativo (o protegido) o tipo de un derecho fundamental, o que están excluidos del mismo por un límite inmanente, resulta que tal supuesto no aparece cubierto ni siquiera *prima facie* por lo que no se activan las garantías constitucionales necesarias para que una restricción a un derecho fundamental sea legítima: ya no es necesaria una ley de cobertura, ni hay

que observar la reserva general de jurisdicción, ni ninguno de los subprincipios de la proporcionalidad, ni hay un contenido esencial que proteger, etc.

Es ésta una consecuencia práctica de las teorías o concepciones estrechas (o sus variantes en forma de límites intrínsecos o inmanentes) de extraordinaria gravedad, que por lo general se ha desconocido. Bastará con afirmar que existe un límite inmanente para que todos los supuestos que cubra queden excluidos de las garantías propias de los derechos fundamentales, pues lo que ese límite inmanente hace es justamente expulsar, ya de entrada, a esos supuestos del ámbito inicialmente protegido del derecho fundamental. Estas teorías estrechas encierran, por ello mismo, el riesgo de prescindir de las garantías que, como fruto de un largo proceso de conquista de las libertades, se exigen en un Estado de Derecho para limitar la libertad básica de los ciudadanos.

Es cierto que ese riesgo es relativamente pequeño, de hecho, cuando se trata de teorías que defienden sólo la existencia de unos límites inmanentes puntuales, y sólo es un riesgo realmente grave cuando se trata de una concepción amplia de mayores ambiciones, pero incluso las teorías de los límites inmanentes puntuales deben rechazarse, pues ni hay razones constitucionales que las avalen ni puede admitirse el riesgo de abrir el portillo por el que prescindir de las garantías propias y características de los derechos fundamentales para esos supuestos ni tampoco conducen en justicia a los mejores resultados ni, en fin, permiten una crítica por parte de terceros, pues son en sí mismas inmotivadas. Por ello, han de rechazarse también los supuestos en que el TC acude a la categoría de los límites inmanentes: por ejemplo, la prohibición de insultar respecto de la libertad de expresión, la veracidad respecto de la libertad de información, la pacificidad y prohibición de armas respecto de las reuniones. En estos casos, podrá haber una ponderación especial o específica, por existir ya una cierta decisión del constituyente (así, en los dos últimos casos, no en el primero), pero no cabe acudir a la categoría de límites inmanentes para resolverlos. La praxis del TC en estos casos, aunque no exenta de ambigüedades y casos contradictorios, en general no responde, sin embargo, a los presupuestos característicos de los límites inmanentes, pero es precisa una aclaración rotunda por parte del TC, rechazando la categoría de límites inmanentes.

Es especialmente desafortunada la caracterización del insulto como límite inmanente absoluto a la libertad de expresión, pues decir que la libertad de expresión no cubre, *en ningún caso*, al insulto (expresiones formalmente injuriosas) no sólo resulta jurídicamente muy discutible, sino que es, sobre todo, dar completamente la espalda a la realidad de cómo se vive la libertad de expresión en nuestro país y en los de nuestro entorno, como en algún caso un voto particular en el seno del TC ha señalado con acierto. A lo sumo, podrían considerarse como límite de la libertad de expresión las expresiones materialmente injuriosas o insultantes (lo sean o no formalmente), no las que lo sean formalmente

(como sostiene el TC), y aun entonces como límite externo y no inmanente, sujeto a ponderación y al control propio de cualquier límite a los derechos fundamentales.

En esta línea se mueven recientísimas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, en verdadera contradicción con la doctrina general del TC, bien que con una muy deficiente argumentación (algo acaso justificado para no hacer patente la contradicción con la jurisprudencia, literal al menos, del TC); y el propio TC no ha sido siempre coherente con sus propias formulaciones generales y ha amparado expresiones insultantes, haciendo así operar, en la práctica, al límite del insulto por lo general como un límite externo al derecho. Esta es, desde nuestro punto de vista, la línea a seguir: a) caracterizar como límite a la libertad de expresión a las expresiones materialmente insultantes, lo sean o no formalmente, pues lo relevante es que lo sean de hecho (aunque formalmente no lo sean); b) hacer operar a este límite como externo al derecho, no intrínseco o inmanente; c) no excluir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias excepcionales que habrá que ir definiendo, expresiones formal o materialmente injuriosas encuentren amparo en la libertad de expresión.

En definitiva, el TC parte de una concepción amplia del tipo o ámbito protegido del derecho fundamental y si bien en algunas ocasiones asume la categoría de los límites inmanentes o intrínsecos, en realidad sólo los aplica en sentido estricto (límites derivados de la naturaleza del derecho, que excluyen una parte del ámbito *prima facie* protegido por el derecho fundamental de su protección definitiva sin controlar la observancia de los requisitos constitucionalmente exigidos para toda limitación a un derecho fundamental por entender que se trata en puridad de una "delimitación", y no de una limitación, del derecho fundamental) en supuestos muy tasados, y aun entonces, realmente los hace operar más bien en la práctica, más allá de sus formulaciones genéricas (aunque muy reiteradas), como verdaderos límites extrínsecos al derecho fundamental, sujetos por ello al riguroso control propio de éstos.

12ª.- El concepto de intervención en los derechos fundamentales que se deduce de la jurisprudencia constitucional es uno amplio, aplicable a toda actividad o, con límites en el caso del legislador, inactividad de los poderes públicos (ejecutivo, judicial, legislativo) con incidencia restrictiva en el derecho fundamental, que comprende también, por más que con el expediente formalista de imputar la afectación del derecho al juez que no presta el debido amparo, las intervenciones procedentes de los particulares, y se extiende incluso, por ejemplo, a las vías de hecho; a las que hemos llamado intervenciones difusas; a las intervenciones en derecho ajeno con incidencia en el propio derecho; o, en determinados casos, a actos en que la decisión de fondo corresponde a poderes públicos extranjeros (supuestos de extradición o reconocimiento u homologación), etc.

Esta concepción amplia del concepto de intervención que se

deduce de la jurisprudencia constitucional, pero que el TC no maneja como tal categoría, es acertada y se corresponde con la concepción amplia del tipo o ámbito normativo del derecho fundamental, si bien sería conveniente que el TC utilizase explícitamente esta categoría de intervención, injerencia o afectación en el derecho fundamental de un modo más sistemático. Debe decirse, no obstante, que, aun cuando en términos genéricos el TC haya afirmado que la máxima “de minimis non curat praetor” no rige en la jurisdicción constitucional, en la práctica el TC ha admitido, naturalmente que no de modo explícito, las que en la doctrina alemana se conocen como intervenciones bagatela, que serían afectaciones de escasa entidad o intensidad, y en las que las exigencias, cuando menos, se relajan, algo que, dentro de ciertos límites difíciles de fijar en términos generales, debe admitirse en la práctica.

Por otro lado, el TC parece seguir lo que hemos llamado regla de la taxatividad progresiva, según la cual el control de constitucionalidad será tanto más denso y profundo cuanto más intensivamente afecte la medida sujeta a examen a uno o a varios derechos fundamentales. Sería conveniente, a la vista de esta regla, que el propio TC fuese formulando distintas categorías genéricas de intervención en los derechos fundamentales en función de su intensidad, tal y como se ha hecho respecto de las medidas de intervención corporal.

13ª.- En lo que respecta a los requisitos generales para la justificación de una restricción a un derecho fundamental, pueden considerarse como tales en nuestro ordenamiento constitucional los siguientes:

1.- Reserva de ley: Respecto de este requisito, pueden destacarse las siguientes consideraciones:

a) ante la falta de una teoría convincente acerca de la Ley orgánica, ciertamente difícil de construir, no resulta claro en términos generales cuál es el ámbito de la Ley orgánica (art. 81 CE) y cuál el de la ordinaria (art. 53 CE) y, aunque el TC sostenga que los límites a los derechos fundamentales han de estar previstos en Leyes orgánicas, en la práctica no suele ser así y así lo acepta el propio TC;

b) En cuanto a la distinta incidencia de la reserva de ley respecto de unos tipos u otros de límites, ha de decirse que esta “interpositio legislatoris” la ha considerado necesaria el TC, bien que forzado por el TEDH, también respecto de la limitación de derechos fundamentales a través de una reserva constitucional expresa de jurisdicción en la CE (arts. 18.2, 18.3, 22.5, etc.), pues aunque la reserva como tal la cubriría la propia CE, es necesaria una ley que dote a tal limitación de la necesaria certeza, que la CE no proporciona pues no establece criterios materiales en que el juez haya de basarse para dar la autorización, si bien luego el TC viene a sostener, lo que con toda razón se le ha criticado a través de un voto particular, que las deficiencias en la calidad de la Ley podrían quedar neutralizadas *a posteriori* a través de una actuación judicial escrupulosa en el control de los presupuestos para

adoptar la medida. En el caso de los límites expresos no meramente formales como la reserva de jurisdicción, sino que establecen criterios materiales de limitación, habría que distinguir, en la línea propuesta por Rubio Llorente, entre aquellos supuestos en que los conceptos en que se basa la limitación han de ser concretados por el legislador (interés general para el derecho de fundación, fines o medios delictivos para el derecho de asociación, los límites del art. 20.4), algo que no siempre sigue el TC (así, hace operar directamente a los límites del art. 20.4 CE); y aquellos supuestos en que no es precisa la mediación legislativa, aunque sí posible y hasta conveniente, por tratarse de conceptos o categorías jurídicas establecidas (así, la flagrancia en el caso del art. 18.2 CE) o por hacer referencia a situaciones de hecho (la veracidad respecto de la libertad de información);

c) La reserva de ley, así como la necesidad de que se trate de una Ley orgánica en su caso, se integra en el contenido del derecho de manera que la inobservancia de esta reserva (o de su carácter orgánico) conlleva la lesión del derecho fundamental afectado;

d) El TC no siempre ha exigido, en la práctica, que exista una Ley que ampare una afectación a un derecho fundamental y, en otras ocasiones, ha llevado a cabo interpretaciones muy flexibles para entender que estaban cubiertas por una ley limitaciones a los derechos fundamentales;

e) El TC ha sido muy generoso a la hora de concebir el "complemento indispensable" por parte del reglamento a la Ley en el campo de los derechos fundamentales, amparando supuestos muy próximos a la remisión en blanco;

f) Aunque teóricamente parezca que eso no podría ser así, en la práctica también hay supuestos de limitación a los derechos fundamentales que operan a través de leyes autonómicas e incluso a través de normas municipales, lo que el propio TC ha legitimado, de manera que no puede descartarse que determinados límites a los derechos fundamentales sean distintos en unas Comunidades Autónomas que en otras o en unos municipios que en otros.

2.- Generalidad de la ley: aunque la CE no exige esta generalidad para todas las leyes para que sean constitucionales, el TC sí que parte de su naturaleza excepcional y considera que su posibilidad está limitada constitucionalmente, además de por el principio de igualdad y por el principio de división de poderes, por la interdicción de leyes singulares en el campo de los derechos fundamentales. En realidad, aunque hay que partir de una presunción de inconstitucionalidad de las leyes singulares en el campo de los derechos fundamentales, desde nuestro punto de vista no existe una prohibición absoluta y en abstracto de tales leyes en ese ámbito sino que los límites que a las mismas existan serán los que se deriven del principio de igualdad o de otros bienes o derechos fundamentales, si bien la carga de la prueba de su constitucionalidad habrá de ser especialmente rigurosa.

3.- Reserva jurisdiccional: no se trata tampoco aquí de una



regla absoluta, salvo en las hipótesis en que la propia CE formule una reserva de jurisdicción o se trate de medidas acordadas en el ámbito del proceso penal, sino más bien una regla general, conforme a la cual las intervenciones en los derechos fundamentales, o al menos las más groseras, han de producirse con el concurso judicial.

4.- Principio de proporcionalidad: aunque el TC ha asumido con acierto desde la STC 66/1995 la composición triple o trifásica de este principio, lo que se ha tomado de la jurisprudencia del TCFA, lo cierto es que, pese a las formulaciones teóricas, la aplicación de este principio no es siempre la correcta que sería de esperar y, así, por ejemplo, el TC no aplica escalonadamente el principio, como debería; o prescinde de alguno de los subprincipios de la proporcionalidad en su examen; o examina en el seno de alguno de estos subprincipios cuestiones que nada tienen que ver con él. El TC debería:

a) resaltar el carácter escalonado de este principio de proporcionalidad, de manera que si no se cumple alguno de sus escalones (no se persigue una finalidad constitucional, o la medida es inidónea, innecesaria o desproporcionada en sentido estricto) la intervención habrá de declararse inconstitucional sin más, interrumpiéndose el examen sin necesidad de pasar a analizar el siguiente escalón o, al menos, si se pasa a analizar el siguiente escalón (por ejemplo, si la intervención declarada inidónea es además, o no, necesaria y proporcionada en sentido estricto), debería aclararse que es sólo como argumentación a mayores;

b) aclarar que los tres subprincipios de la proporcionalidad no son intercambiables ni pueden confundirse ni analizarse conjuntamente, sino que tienen un contenido claramente diferente: la idoneidad o adecuación conlleva un juicio acerca de la adecuación de la medida de intervención en el derecho fundamental, según los conocimientos que se tenían en el momento de su adopción, para el logro de la finalidad constitucional que legitima dicha intervención; la necesidad exige que no exista otra medida igualmente efectiva para lograr la misma finalidad que no conlleve una afectación de derechos fundamentales o conlleve una afectación menos grave o intensa (subprincipio de intervención mínima); la proporcionalidad en sentido estricto presupone una ponderación por la que se sopesan todas las ventajas para el fin constitucional perseguido de la intervención y todos los inconvenientes para el derecho fundamental afectado, así como las ventajas que se producirían para el derecho de no existir tal intervención y los perjuicios que se causarían al interés constitucionalmente protegido que legitimaba la intervención de no existir la misma;

c) acaso sería conveniente aclarar que el principio de razonabilidad no es, en realidad, nada distinto del de proporcionalidad ni aporta ningún elemento adicional de control, si bien puede ser conveniente en determinados casos utilizar esta categoría de la razonabilidad;

d) Sería también conveniente que el propio TC fuese

precisando distintos niveles de control de la proporcionalidad para las distintas clases de intervenciones, sin perjuicio de su carácter más o menos abierto; e) es especialmente necesario que el TC sea lo más explícito posible en la exposición de su examen de las distintas fases de la proporcionalidad por la importancia de su doctrina al respecto no sólo para el caso resuelto, sino también para otros, y para la formulación de una doctrina general acerca del principio de proporcionalidad.

5.- Contenido esencial: La doctrina absolutamente mayoritaria en España sostiene que el TC ha asumido una concepción absoluta del contenido esencial, si bien algún autor defiende que recientemente se habría producido un cierto giro o que habría ciertas excepciones o aplicaciones poco claras de la concepción absoluta en la jurisprudencia constitucional. Lo cierto es, sin embargo, desde nuestro punto de vista, que un análisis detallado de la jurisprudencia constitucional permite concluir que la concepción sustentada por el TC desde sus primeros momentos, y no sólo en ciertos casos más o menos excepcionales, es una concepción relativa, que equipara el contenido esencial al principio de proporcionalidad y ello no sólo en la praxis que el TC ha seguido desde la primera sentencia en que utiliza el concepto de contenido esencial, sino también en la formulación teórica de la STC 11/1981 de las dos vías para la determinación del contenido esencial, que pueden interpretarse en clave relativa, desde nuestro punto de vista. No obstante, la categoría del contenido esencial sigue conservando su valor en la retaguardia del Estado constitucional, como Häberle ha destacado.

14ª.- Pueden considerarse en nuestro sistema constitucional como casos especiales de límites a los derechos fundamentales los siguientes: a) la concurrencia de derechos fundamentales, que existe cuando un mismo titular de derechos fundamentales realiza una conducta o se encuentra en una posición jurídica que encaja simultáneamente en dos o más derechos fundamentales; b) la colisión de derechos fundamentales existe cuando dos titulares de derechos fundamentales ejercitan cada uno un derecho fundamental que entra en colisión en su ejercicio con el del otro; c) la suspensión de derechos fundamentales, en sus dos variantes, prevista en el art. 55 CE; y d) la limitación a los derechos fundamentales en el seno de las relaciones de especial sujeción. En todos estos supuestos, no se exceptiona la aplicación de las garantías generales de limitación a los derechos fundamentales, pero desde luego las mismas sí encuentran una aplicación especializada o matizada, con un alcance que se ha tratado de precisar en la mayor medida posible en esta investigación, por lo que se justifica su tratamiento separado en una teoría general de los límites a los derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Comentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1990.
- AAVV, *El principio de igualdad en la Constitución española*, XI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. II, Ministerio de Justicia, 1991.
- AAVV, *Estudios sobre la Constitución española. Libro-homenaje al profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- AAVV, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXIX, CGPJ, Madrid, 1993.
- AAVV, *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- AAVV, *Presence du Droit Public et des droits de l'homme. Mélanges offerts á Jacques Velu*, Tomo III, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1992.
- ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Tecnos, Madrid, 2001.
- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Civitas-IVAP, Madrid, 1990.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 14, enero-abril, 1993.
- ALEXY, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1996. Hay traducción al castellano de la edición de 1986 [Nomos, Baden-Baden] por Ernesto Garzón Valdés (y revisión de Ruth Zimmerling): *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, "Derechos fundamentales y Comunidades Europeas", en AAVV, *Estudios sobre la Constitución española ...*, cit., tomo II.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho Comunitario*, CEURA, Madrid, 1994.
- ALONSO OLEA, Manuel; y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 1993.
- ANSCHÜTZ, Gerhard, "Beitrag zur Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 4, 1928.
- MESTRAL, Armand de (ed.), *The limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Yron Blais, Québec, 1986.

- ARNOLD, Rainer, "Reflexiones sobre una futura Constitución europea", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8.
- ASÍS ROIG, Rafael, "Sobre los límites de los derechos", *Derechos y libertades*, nº 3, 1994.
- BACHOF, Otto, "Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts", *Juristen Zeitung*, 1957.
- BACHOF, Otto, "Freiheit des Berufs", en el colectivo Bettermann, Karl August; Nipperdey, Hans Carl; Scheuner, Ulrich (Hrsg.), *Die Grundrechte*, tomo 3 (1), Duncker & Humblot, Berlin, 1972.
- BACIGALUPO, Mariano, "La aplicación de la doctrina de los 'límites immanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, nº 38, mayo-agosto 1993.
- BARNES, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994.
- BARNES, Javier, "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico", en el monográfico *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, núm. 5, septiembre-diciembre 1998.
- BARNES, Javier, "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, número 5, septiembre, diciembre, 1998.
- BAUER, Harmut, "Koalitionsfreiheit (Art. 9 LF)", en Horst Dreier (coord.), *Grundgesetz Kommentar*, cit.
- BEDDARD, Ralph, *Human Rights and Europe*, Cambridge University Press, 1995.
- BETTERMANN, Karl August, *Grenzen der Grundrechte*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1976.
- BEUTLER, Bengt, "Artikel F", en Claus-Dieter Ehlermann y Roland Bieber (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 1997, Band I.
- BEUTLER, Bengt, "Grundrechtsschutz", en Hans von der Groeben, Jochen Thiesing y Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Nomos, Baden-Baden, 1997.
- BIRTSCH, Günter, *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1981.
- BLECKMANN, Albert, "Zur Entwicklung europäischer Grundrechte", en su libro recopilatorio *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986 [trabajo publicado originariamente, por separado, en el *Deutsches Verwaltungsblatt*, Heft 13, 1978].
- BLECKMANN, Albert, *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997.

BLECKMANN, Albert, *Theorie der Grundrechte der Europäischen Gemeinschaften und der nationalen Rechtsordnungen, insbesondere des Grundgesetzes: Vergleich und Diskrepanz*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, núm. 188, 1989.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 28.

BOLZ, MARCEL, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Schulthess, Zurich, 1991.

BORCHARDT, Klaus-Dieter, "Bundesrepublik Deutschland", en Eberhard Grabitz, *Grundrechte in Europa und USA*, Band I (*Strukturen nationaler Systeme*), N.P. Engel, Kehl/Strassburg/Arlington, 1986.

BOROWSKI, Martín, "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, mayo-agosto 2000.

BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

BURKE, Edmund, *Textos políticos*, FCE, México, 1984.

CALLEWAERT, Johan, "Is there a margin of appreciation of articles 2, 3 and 4 of the Convention?", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica, and WEILER, Joseph, *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, vol. 1 (*Methods, Tools and Institutions*), libro 3 (*Forces and Potential for a European Identity*), Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1986.

CARRERAS SERRA, Francesc de, "Análisis del Proyecto de Constitución europea", RFDUC, núm. 18 (monográfico), Madrid, 1994.

CARRERAS SERRA, Francesc de, "Por una Constitución europea", en Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos...*, cit.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 9, año 5, enero-junio 2001.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1ª de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, núm. 1.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "La polémica europea sobre el uso de las armas como forma de coacción administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis; y GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", *Revista de Administración Pública*, núm. 87.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, CEC, Madrid, 1998.

CHEVALLIER, Jean Jacques, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France. De 1789 a nos jours*, Dalloz, Paris, 1977.

- CHUECA SANCHO, Angel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1999.
- CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.
- Clayton, Richard; y Tomlinson, Hugh, *The Law of Human Rights*, OUP, Oxford, 2000.
- COLINA GAREA, Rafael, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
- COLOMER VIADEL, Antonio, *El sistema político de la Constitución española de 1837*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.
- COTINO HUESO, Lorenzo, "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España", *Poder Judicial*, núm. 55, octubre-diciembre 1999.
- COX, Archibald, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1987.
- CREMONA, J.J., "The Thick Hide of politicians and article 10 of the European Convention on Human Rights", en AAVV, *Presence du Droit Public ...*, cit.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Contenido, y posición y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en España", en Andrea Romano (coord.), *Enunziacione ...*, cit.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Derechos fundamentales y Derecho Privado", *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Sevilla, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "El legislador de los derechos fundamentales", en Antonio López Pina (dir.), *La garantía constitucional ...*, cit.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "La prohibición de valoración de las pruebas ilícitas ante el 'crecimiento orgánico' de los derechos fundamentales", en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, CGPJ/Xunta de Galicia, Madrid, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Landesbericht Spanien", en Christian Starck (ed.), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrespreschung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, Nomos, Baden-Baden, 1990.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro; y PARDO FALCÓN, Javier, "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, núm. 97, año XXXIII.
- DÄUBLER, Wolfgang, *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, traducción de M<sup>a</sup> Paz Acero Serna y Pío Acero López con revisión de Antonio Ojeda Avilés, Madrid, 1994.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio, "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc)", en AAVV, *Medidas restrictivas ...*, cit.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, "Artículo 24. Garantías procesales", en Oscar Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III (Artículos 24 a 38), Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis, "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea", *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 2, 1993.

DIPPEL, Horst, "Der Sicherung der Freiheit", en Günter Birtsch (coord.), *Grund- und Freiheitsrechte...*, cit.

DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio, "Responsabilidad patrimonial y acción terrorista: concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 31 de enero de 1996)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, abril-junio 1996.

DORIGNY, M., voz "Presse (Regime de la)", en Jean-René Suratteau y François Gendron (dir.), *Dictionnaire historique...*, cit.

DREIER, Horst, "Artikel 1 I", en id. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar ...*, Band I, cit.

DREIER, Horst, *Grundgesetz Kommentar*, J.C.B. Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

DÜRIG, Günter, "Artikel 2.1 LF", en Theodor Maunz y Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, C.H.Beck, München, 1958.

DÜRIG, Günter, "Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf einer praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes", *Archiv des öffentlichen Rechts*, tomo 81, 1956.

EISSEN, Marc-André, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European ...*, cit.

EMILOU, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law. A comparative Study*, Kluwer Law International, London/The Hague/Boston, 1996.

ESTEBAN, Jorge de; y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J., *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Universidad Complutense, Madrid, 1993.

FAURÉ, Christine, *Les déclarations de droits de l'homme de 1789*, Payot, París, 1992, del que hay versión castellana, que seguimos: *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, "La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., "Los derechos fundamentales en la Unión Europea", capítulo XXIII de la obra de Gregorio Peces-Barba, *Curso ...*, cit.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, octubre-diciembre 1990.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional" (VIII. Los límites de los derechos fundamentales), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, septiembre-diciembre 1993.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las Constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio y CASTRO CID, Benito de, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Universitas, Madrid, 1993.

FERRER AMIGO, Gonzalo, "Incidencia constitucional de las intervenciones corporales", *La restricción...*, cit.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta-Universidad Carlos III, Madrid, 1996.

FOHMANN, Lothar H., "Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1985, Heft 3.

FORSTHOFF, Ernst, *Über Maßnahmegesetze*, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955.

FROHNEN, Bruce, *The new communarians and the crisis of modern liberalism*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996.

FROWEIN, Jochen Abr., "Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht", en Christian Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und...*, cit.

FROWEIN, Jochen Abr., "Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe", en Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph Weiler (eds.), *Integration through ...*, cit.

FROWEIN, Jochen Abr., "The Protection of Property", en R. St. Macdonald, F. Matscher, y H. Petzold (eds.), *The European System...*, cit.

FROWEIN, Jochen; SHULHOFER, Stephen; and SHAPIRO, Martin, "The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration", en Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph Weiler, *Integration through ...*, cit.

FUERTES SUÁREZ, José Luis, "La ciudadanía europea y los derechos fundamentales", en AAVV, *La Constitución española...*, cit.

FURET, F., y OZOUF, M., *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, París, 1988.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", *Revista de Administración Pública*, nº 34, 1961.

GALLWAS, Hans Ullrich, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La democracia y el lugar de la ley", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 92, octubre-diciembre 1996.



GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", *Derechos y libertades*, núm. 1, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol", en el homenaje a Gerard J. Wiarda coordinado por Franz Matscher y Herbert Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988.

GARCÍA De ENTERRÍA, Eduardo, "El Proyecto de Constitución europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1994.

GARCÍA De ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, tomo II.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn)*, CEC, Madrid, 1994.

GIL Y ROBLES, Enrique, *Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y el Derecho cristianos*, Imprenta Salmanticense, Salamanca, 1899, tomo I.

GODECHOT, Jacques, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Presses Universitaires de France, 1989.

GÓMEZ MONTORO, Ángel, "Titularidad de derechos fundamentales", en Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid, 2001.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, "La impugnación jurisdiccional de la inactividad administrativa", REDA, núm. 107, julio-septiembre 2000.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998.

GOSALBO BONO, Ricardo, "Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones", *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 1.

GROTHMANN, Torsten, *Grundrechtsschranken. Portugal-Deutschland. Ein Rechtsvergleich*, VVF, München, 1996.

HÄBERLE, Peter, "El legislador de los derechos fundamentales", en Antonio López Pina (Dir.), *La garantía constitucional...*, cit.

HÄBERLE, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, 1972, luego recogido en su libro recopilatorio *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum, 1980.

- HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983.
- HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez y prólogo de Antonio López Pina, Trotta, Madrid, 1998.
- HARATSCH, Andreas, *Europarecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- HERZOG, Roman, "Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers", en Walther Fürst, Roman Herzog y Dieter C. Umbach, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987.
- HESSE, Konrad, "Bedeutung der Grundrechte", en Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans Jochen, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo 1, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1994.
- HESSE, KONRAD, *Derecho Constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Heidelberg-Karlsruhe, ediciones de 1967, 1980 y 1995.
- HILF, Meinhard, "The role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities", en el colectivo Armand de Mestral (ed.), *The limitation ...*, cit..
- HÖFLING, Wolfram, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Duncker und Humblot, Berlin, 1987.
- HUYLER, Jerome, *Locke in America. The Moral Philosophy of the Founding Era*, University Press of Kansas, Lawrence, 1995.
- IGLESIAS-REDONDO, Juan, "En torno a la 'libertas'", en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, Tomo III.
- IPSEN, Jörn, "Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter", *Juristen Zeitung*, 1997.
- IPSEN, Jörn, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 1998.
- ISENSEE, Josef, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", en *Bürger-Richter-Staat. Festschrift für Horst Sendler*, München, 1991.
- ISENSEE, Josef; y Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII (*Normativität und Schutz der Verfassung — Internationale Beziehungen*), C. F. Müller, Heidelberg, 1992.
- JACOBS, Francis; and WHITE, Robin C.A., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- JANSEN, Nils, "Die Abwägung von Grundrechte", *Der Staat*, Band 36, Nr. 1, 1997.
- JARASS, Hans D.; y PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, C.H.Beck, München, 1995.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, "Prólogo" a José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, "¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a los derechos fundamentales?", *Doxa*, Alicante, núm. 5, 1988.
- JORDANO FRAGA, Jesús, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KATZ, Alfred, *Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1987.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción y notas de Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995.
- KLECATSKY, Hans R., "Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Europäischen Union", en Fritz Reichert-Facilides, *Recht und Europa: eine Ringvorlesung von Mitgliedern und Gästen der Innsbrucker Rechtsfakultät*, Braumüller, Wien, 1997.
- KLEIN, Eckart, "Grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Überlegungen zur Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", en Albert Randelzhofer, Rupert Scholz y Dieter Wilke (eds.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, C.H. Beck, München, 1995.
- KLEIN, Eckart, "Preferred Freedoms-Doktrin und Deutsches Verfassungsrecht", en Íd. (Hrsg.), *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995.
- KLOEPFER, Michael, "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts —dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", en Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und ...*, cit.
- KLUGE, Hans-Georg, "Vorbehaltlose Grundrechte am Beispiel des Schächtens", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992.
- KNIES, W., *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, München, 1967.
- KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas, *Europarecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- KRAMNICK, Isaac, *Republicanism and Bourgeois Radicalism. Political Ideology in late eighteenth-century England and America*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1990.
- KREUZER, Karl F.; Scheuing, Dieter H., y Sieber, Ulrich (coord.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 1997.
- KRÜGER, Herbert, "Die Einschränkung von Grundrechte nach dem Grundgesetz", *Deutsche Verwaltungsblatt*, nº 20, 1950, pág. 624.
- KUTSCHER, Hans, "Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften", en *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im europäischen Rechtsordnungen*, C.F.Müller, Heidelberg, 1985.
- LADEUR, Karl Heinz, "Das Bundesverfassungsgericht als 'Bürgergericht'? Rechtstheoretische Überlegungen zur Einzelfallorientierung der

Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts", *Rechtstheorie*, núm. 31, 2000.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

LEFEBVRE, Georges, *1789: Revolución Francesa*, Laia, Barcelona, 1973.

LERCHE, PETER, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff", en Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch...*, cit.

LERCHE, Peter, "Grundrechtsbegrenzungen 'durch Gesetz' im Wandel des Verfassungsbildes", *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1958.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.; y MANGAS MARTÍN, Araceli, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas/Universidad de Córdoba, Madrid, 1994.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio, "Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala Segunda), de 7 de junio de 2000", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril 2001.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986.

LÓPEZ PINA, Antonio (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas/Universidad Complutense, Madrid, 1991.

LORENZ, Dieter, "Wissenschaft darf nicht alles! Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung", en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche*, München, 1993.

LÖSING, Norbert, "Estado de Derecho y debido proceso penal", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA, Buenos Aires, 1998.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, "El derecho a la intimidad", en *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

LUTZ, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1980.

MACDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F. y PETZOLD, H., *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993.

MANGAS MARTÍN, Araceli, "Reflexiones sobre el Proyecto de Constitución europea ante la perspectiva de la reforma de 1996", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45

MANGOLDT, Hermann von; y KLEIN, Friedrich, *Das Bonner Grundgesetz*, Band I, Franz Vahlen, Berlin/Frankfurt, 1957.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, "Sectas y Derecho Penal: una aproximación a su análisis desde la jurisprudencia de los tribunales", en AAVV, *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

MARCOUX, Laurent, "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté européenne", *Revue internationale de Droit Comparé*, 1983.

MARSHALL, Geoffrey, *Teoría Constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982.

MARSHALL, Geoffrey, "Declaraciones de derechos: problemas básicos en su elaboración y aplicación (I)", traducción de Ana Recarte Vicente-Arche, RCEC, núm. 1, septiembre-diciembre, 1988.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Cátedra Fadrique Furio Ceriol, Valencia, 1978.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, con prólogo de Andrés Ollero Tassara, CEC, Madrid, 1993.

MEDINA GUERRERO, Manuel, "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, núm. 5, septiembre-diciembre 1998.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

MESTRAL, Armand de (ed.), *The limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Yvon Blais, Québec, 1986.

MICHAEL, Lothar, "Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zur Dogmatik der Eingriffs-Schranken und des allgemeinen Gleichheitssatzes", *JUS*, en prensa (manejo texto original).

MISERA-LANG, Katrin, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, Peter Lang, Frankfurt/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1999.

MOITINHO De ALMEIDA, José Carlos, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Nogueras (dir.), *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Civitas/CGPJ/Universidad de Granada, Madrid.

MONTILLA MARTOS, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994.

MORENO GARCÍA, Antonio, "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 38, mayo-agosto, 1993.

MORENO GARCÍA, Antonio, "Significado constitucional de la libertad ideológica", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995.

MORLOK, Martín, "Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, Kriegsdienstverweigerung. Artikel 4 GG", en Horst Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, cit.

MÜLLER, Friedrich, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

MÜNCH, Ingo Von, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, mayo-agosto 1982.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco; y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MURSWIEK, Dietrich, "Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht", *Deutsches VerwaltungssBlatt*, 1994.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CEPC, Madrid, 2000.

OTTO, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en su libro escrito en colaboración con Lorenzo Martín Retortillo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

OVEY, Clare, "The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1.

PACE, Alessandro, "La heterogénea estructura de los derechos constitucionales", *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, Madrid, núm. 3, enero-abril, 1998.

PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, FCE, traducción de José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina, México, 1996.

PAINE, Thomas, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, traducción de Enrique Tierno Galván, CEC, Madrid, 1978

PAREJO ALFONSO, Luciano, "El contenido esencial de los derechos en la jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981.

PARTSCH, Karl Josef, "The contribution of universal international instruments on human rights", en Armand de Mestral (ed.), *The limitation ...*, cit..

PASTOR BORGONÓN, Blanca, "La prueba ilegalmente obtenida", en AAVV, *La restricción ...*, cit.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho y Derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Los límites de los derechos fundamentales", que constituyen el capítulo XXI de su libro *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

PEMÁN GAVÍN, Juan, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas/Universidad de Zaragoza, Madrid, 1992.

PÉREZ CANTÓ, María Pilar y GARCÍA GIRADLES, Teresa, *De colonias a República. Los orígenes de los Estados Unidos de América*, Síntesis, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1996.

PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid.

PÉREZ TREMP, Pablo, "Los derechos fundamentales", en Luis López Guerra *et alii*, *Derecho Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

PÉREZ VERA, Elisa, "La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea", *Sistema*, núm. 114-115.

PERNICE, Ingolf, "Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz: Grundlagen, Bestand und Perspektiven", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990.

PI LLORENS, Montserrat, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.

PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, C. F. Müller, Heidelberg, 1998.

POLLERN, Hans Ingo von, "Forum: Immanente Grundrechtsschranken – eine Bestandsaufnahme", *Juristische Schulung*, 1977, Heft 10.

PREBENSEN, Soren C., "The Margin of Appreciation and Articles 9, 10, and 11 of the Convention", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III, año V, enero-junio 2000, núm. 8.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

RENGELING, Hans Werner, *Grundrechtsschutz in der europäischen Gemeinschaft*, C.H.Beck, München, 1993.

RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke, *Casebook Verfassungsrecht*, C.H.Beck, München, 1996.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, "La Constitución de la Comunidad Europea", *Noticias CEE*, núm. 100, 1993.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos; y VALLE GÁLVEZ, Alejandro, "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales", *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 2.

RODRÍGUEZ-BEREIJO, Álvaro, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 4, enero-junio 2001.

ROLLA, Giancarlo, "I diritti fondamentali in Spagna" (apartado 5: "I diritti fondamentali come diritti non illimitati"), *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, 1990.

ROMANO, Andrea (coord.), *Enunziazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.

- RONELLENFITSCH, M., "Das besondere Gewaltverhältnis: ein zu früh totgesagter Rechtsinstitut", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1981.
- ROVIRA VIÑAS, Antoni, *El abuso de los derechos fundamentales*, Península, Madrid, 1983.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "La configuración de los derechos fundamentales en España", en el *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, vol. II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, "La problemática de los derechos fundamentales en el Estado unitario-federal: el caso español", en AAVV, *El principio de igualdad....*, cit.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, "Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho Comunitario y el ordenamiento nacional", en AAVV, *La Constitución española...*, cit.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, "Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho Comunitario y el Ordenamiento Nacional", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 13, enero-febrero-marzo 1993.
- RUTLAND, Robert Allen, "Bill of Rights and the first ten amendments to the Constitution", en Jack P. Greene y Jack Richon Pole (eds.), *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*, Blackwell, Cambridge, 1994.
- RUTLAND, Robert Allen, *The birth of the Bill of Rights*, Crowell-Collier, New York, 1962.
- SACHS, Michael, en Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 2, tomo III (*Allgemeine Lehren der Grundrechte*), C.H. Beck, München, 1994.
- SACHS, Michael, *Grenzen des Diskriminierungsverbots. Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Artikel 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz*, Franz Vahlen, München, 1986.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedios, *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995.
- SARAZA JIMENA, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidación y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- SCHMALZ, Dieter, "Verhältnis Grundrechte – einfaches Gesetz", *Juratelegramm*, núm. 4.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- SCHMITT, Gary J.; y WEBKING, Robert K., "Revolutionaries, Antifederalists, and Federalists: Comments on Gordon Wood's Understanding of the American Founding", *Political Science Reviewer*, núm. 9, 1979.
- SCHOKKENBROEK, Jeroen, "The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1.



SCHOKKENBROEK, Jeroen, "The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1.

SCHRAMM, Theodor, *Staatsrecht*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, Band II (*Grundrechte und ihre verfassungsrechtliche Absicherung*).

SCHROEDER-ANGERMUND, Christiane, *Von der Zensur zur Pressefreiheit. Der absolutistische Zensursystem in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts -Eine Innensicht*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1993.

SCHULZ-SCHAEFFER, Helmut, *Der Freiheitsatz des Art. 2 ap. 1 LF*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.

SCHWABE, Jürgen, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Dissertationsdruck Schadel, Darmstadt, 1977.

SCHWARZE, Jürgen (ed.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, Nomos, Baden-Baden, 1997.

SCHWEITZER, Michael; y HUMMER, Waldemar, *Europarecht. Das Recht der Europäischen Union. Das Recht der Europäischen Gemeinschaften (EGKS, EG, EAG) mit Schwerpunkt EG*, Luchterhand, Berlin, 1996.

SEQUEIRA DE FUENTES, F., "Responsabilidad patrimonial de la Administración pública con ocasión del uso de armas por los agentes públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 99, 1982.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1998.

SEVILLA MERINO, Ignacio, *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, con prólogo de José María Boquera Oliver, Civitas-Generalitat Valenciana, Madrid, 1992.

SHAIN, Barry Alan, *The Myth of American individualism. The Protestant Origins of American Political Thought*, Princeton University Press, Princeton.

SIEYÈS, Emmanuel, "De los beneficios de la libertad en el Estado y en el sistema representativo", en su libro *Escritos y discursos de la Revolución*, estudio preliminar, traducción y notas de Ramón Maíz, CEC, Madrid, 1990.

SIGEL, Beat, *Über die Grundrechte, insbesondere die Pressefreiheit, in der Schweiz und in Grossbritannien*, Schulthess, Zürich, 1981.

SMEND, Rudolf, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 4, 1928.

SOBOUL, Albert, *Le civilisation et la Révolution Française*, Arthauc, Paris, 1982.

SOHIER, Jérôme, "La législation belge sur le divorce face á l'article 12 de la Convention Européenne: vers la reconnaissance d'un 'droit au remariage' sans restrictions disproportionnées?", en AAVV, *Presence du Droit Public* ..., cit.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, nº 32, mayo-agosto, 1991.

- SOMMERMAN, Karl-Peter, *Der Schutz der Menschenrechte im Rahmen des Europarates*, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1990.
- STARCK, Christian (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Band II (Verfassungsauslegung), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.
- STARCK, Christian, "Die Verfassungsauslegung", en Josef Isensee y Paul Kirchhof, *Handbuch ...*, cit.
- STARCK, Christian; MANGOLDT, Hermann von; y KLEIN, Friedrich, *Das Bonner Grundgesetz*, Band I, Franz Vahlen, München, 1985.
- STEIN, Ekkehart, *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- STEIN, Torsten, "La jurisprudencia constitucional alemana y el Derecho europeo -Influencias recíprocas", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Venezuela, 1996, vol. 2.
- STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. 2, tomo III (*Allgemeine Lehren der Grundrechte*), C.H. Beck, München, 1994.
- STERN, Klaus, *Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1984.
- STIRN, Bernard, *Les libertés en questions*, Paris, Montchrestien, 1996.
- STREINZ, Rudolf, *Europarecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.
- SZABO, Imre, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en Karel Vasak (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1984.
- TEN HOOR, Marten, *Libertad limitada. Un ensayo sobre la democracia*, traducción de Francisco González Ríos, Ágora, Buenos Aires, 1958.
- TIEDEMANN, Klaus, "Constitución y Derecho Penal", traducción de Luis Arroyo Zapatero, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, nº 33, septiembre-diciembre 1991.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de derechos fundamentales", en Andrea Romano (coord.), *Enunciazione...*, cit.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona, 2000.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1992.
- ULE, Carl Hermann, "Das besondere Gewaltverhältnis. Probleme des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 15, 1957.
- VECCHIO, Jorge del, *Los derechos del hombre y el contrato social*, Reus, Madrid, 1914.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998.
- WINISDOERFFER, Yves, "Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol nº 1", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1.

WINKELMANN, Ingo, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 12. Oktober 1993. Dokumentation des Verfahrens mit Einführung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

WOLFRUM, Rüdiger, "La reforma de las instituciones de derechos humanos en la Europa comunitaria", en *La reforma de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos*, Universidad de La Laguna, Tenerife, 1993.

WOOD, Gordon S., *The creation of the american Republic, 1776-1787*, University of Carolina Press, Chapel Hill, 1969.

WÜLFING, Theodor, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

WÜRTEMBERGER, Thomas, "Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 58, 1999.

WÜRTEMBERGER, Thomas, "Zu den Wurzeln des Rechtsstaates in Deutschland", en Bernd Rill (Hrsg.), *Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat. Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat*, Nomos, Baden-Baden, 1999.

WÜRTEMBERGER, Thomas, Dirk Heckmann, y Rainer Riggert, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999.

ZANCADA, Práxedes, *Los problemas constitucionales de España*, CIAP, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 1930.